El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs

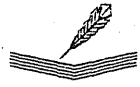
Carlos Daza Gómez
(Dirección y Presentación)

María Eloísa Quintero
Miguel Polaino-Orts
(Coordinadores)

El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs

Prólogo
del
Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.*
Günther Jakobs

Epílogo del
Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.*
Miguel Polaino Navarrete



Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.

Primera edición, México 2007

Copy Right © 2007

Derechos Reservados:

Carlos Daza Gómez
Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.

Calle Cuauhtémoc No. 1405, Col. Del Gas
C.P. 02950, Azcapotzalco, México, D.F.
Tels.: (55) 5556-0590 / Cel. (04455) 5436-7365

e-mail floreseditor@att.net.mx

ISBN 970-9867-18-0

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro,
ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier
medio, ya sea electrónico, mecánico o por fotocopia, por registro u otros medios,
ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión o uso del ejemplar,
sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copy Right.

Copy Right ©:

Carlos Daza Gómez
Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.



Guy Croegaert ©

Prof. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs.

COAUTORES

Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* GÜNTHER JAKOBS, Catedrático emérito de Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Bonn (Alemania).

Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* Miguel POLAINO NAVARRETE, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla y Coordinador del Posgrado en Derecho Penal y Procesal (España).

Prof. Dr. Rafael MÁRQUEZ PIÑERO, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Panamericana (México).

Prof. Dr. Dr. Marcelo A. SANCINETTI, Catedrático de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad de Buenos Aires y Abogado (Argentina).

Prof. Dr. *h. c.* Carlos DAZA GÓMEZ, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Penal (IDEEP) y Abogado (México).

Prof. Dr. Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, Director del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia y profesor en la misma universidad. Ex Magistrado de la Corte Constitucional. Abogado (Colombia).

Prof. Dr. Yesid REYES ALVARADO, Director del Departamento de Derecho Penal y Profesor de Derecho Penal en la Universidad Santo Tomás. Abogado (Colombia).

Prof. Dr. Manuel CANCIO MELIÁ, Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid (España).

Prof. Dr. José Nieves LUNA CASTRO. Catedrático de Derecho Especial en la Universidad Panamericana y del posgrado en la Universidad Autónoma del Estado de México, así como Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito.

Profa. Dra. Myriam HERRERA MORENO, Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla (España).

Prof. Dr. Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Profesor Asociado de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid y Abogado (España).

Profa. Dra. Pilar GONZÁLEZ-RIVERO, Profesora Adjunta de Derecho Penal en la Universidad Europea de Madrid, Profesora Asociada de la Universidad Carlos III y Abogada (España).

Profa. Dranda. Lidiette GIL VARGAS, *Magister iuris comparativi* por la Universidad de Bonn (Alemania).

Profa. Dranda. María Eloísa QUINTERO, ex-Becaria del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) en el Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Bonn (Alemania), Doctoranda en Derecho por la Universidad Austral (Argentina).

Prof. Drando. Miguel POLAINO-ORTS, ex-Becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD)-La Caixa, y *Magister iuris comparativi* por la Universidad de Bonn (Alemania).

Prof. Dr. André Luís CALLEGARI. Abogado Criminal. Dr. en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Madrid. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad do Vale do Rio dos Sinos. UNISINOS Profesor de Derecho Penal de los Cursos de grado y posgrado de la Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

PRÓLOGO*

Günther JAKOBS
Catedrático emérito de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
Universidad de Bonn (Alemania)

Argumentos naturalísticos del estilo "el injusto es la parte externa del delito y la culpabilidad la interna" no deberían contar, entretanto, en la evolución de la moderna Dogmática jurídico-penal, porque en ella no se trata de ordenar de manera evidente lo natural sino, precisamente, de mantener las condiciones de la estructura de la Sociedad. Por ello, con más razón aún deben quedar fuera de consideración aquellos planteamientos ontológicos y prejurídicos que, especialmente sobre el concepto de acción, fueron —y quizá aún hoy lo son— dominantes ante todo en el finalismo. La "esencia", no del ser humano, sino de la persona en Derecho, determina el Derecho mismo, no la ontología.

Lo que acabamos de exponer es, en algunos ámbitos de la teoría del delito, conocido desde antiguo. Así, nadie ha puesto de relieve de manera más contundente la normatividad del concepto de culpabilidad que el mismo WELZEL, quien —sin embargo— explica y fundamenta el concepto de acción de manera ontológica. En lo referente al tipo, la teoría de la conducta no permitida es, en tanto, parte de la teoría de la imputación objetiva, la cuestión más discutida en los últimos 30 años y —por el contrario— prácticamente nadie más discute hoy día la normatividad del delito de omisión. Sin embargo, se echa en falta la conjunción de todos los planteamientos parciales en *una teoría*, que hasta ahora se ha descuidado y no se ha llevado a cabo, al menos según lo que —al decir de las viejas

* Traducción a cargo de Miguel POLAINO-ORTS, *Magister iuris comparativi*, Universidad de Bonn.

enseñanzas— debe comprender una teoría. De este modo, por ejemplo, en un concepto normativo de culpabilidad difícilmente puede determinarse de manera psicologicista el concepto de dolo, y de ello se desprende consecuentemente un concepto normativo también para la tentativa delictiva. O, cuando la teoría de la conducta no permitida condiciona el tipo, la participación no puede orientarse por un concepto de dominio del hecho fácticamente concebido (esto es, al menos para el delito de infracción de deber, conocido desde hace tiempo). En una palabra: la Dogmática jurídico-penal debe referirse *permanentemente* al Derecho y a la persona en Derecho, no a "seres humanos" u otras naturalezas del estilo.

Es un gran mérito de mi estimado colega Prof. Dr. Carlos DAZA GÓMEZ el haber reunido en un extenso ciclo de conferencias a numerosos estudiosos que se ocuparon, de manera afirmativa o crítica, de plantamientos dogmáticos en relación a la tarea del Derecho Penal (Funcionalismo) y a su normatividad (normativismo). Resaltar aquí los aportes concretos de cada colaboración resulta imposible debido a la limitación de espacio, ya que los mismos resultan demasiado valiosos como para poder bosquejarlos en pocas palabras. En todo caso, poner de relieve su importancia es tarea superflua: los trabajos hablan por sí mismos.

Debo manifestar mi gratitud a varias personas. Ante todo, como ya he manifestado, al citado Prof. Dr. DAZA GÓMEZ, así como a mi estimado colega Prof. Dr. Miguel POLAINO NAVARRETE, quien participó intensivamente en la mediación y en la preparación de nuestro viaje académico de conferencias. Además, a la Sra. María Eloísa QUINTERO y al Sr. Miguel POLAINO-ORTS, que realizaron el esfuerzo de compilar y publicar todas las colaboraciones: el resultado de este esfuerzo lo tiene el lector a la vista. Especialmente quiero agradecer a todos los colegas que participaron en este curso de conferencias su disposición para la discusión científica.

En la realización de mi estancia en México colaboraron o influyeron otras personalidades o instituciones. Permítaseme que mencione en este lugar únicamente a algunas de ellas. En concreto, al Dr. José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ y al Dr. Luis GARCÍA LÓPEZ-GUERRERO, de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, así como a la Universidad Autónoma de Tamaulipas y a la Universidad Autónoma de Tlaxcala, que me honraron con la concesión del título de Profesor *honoris causa*.

PRESENTACIÓN

Carlos DAZA GÓMEZ
Catedrático de Derecho Penal (UNAM)
Presidente del IIDP

Constituye para mí, en mi calidad de Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Penal, un inmenso honor anteponer unas líneas de presentación a esta relevante obra titulada EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO Y JURÍDICO-PENAL DE GÜNTHER JAKOBS, fruto de un Curso que, sobre la misma temática, se celebró en México, D.F., en el cual participaron algunos de los más relevantes conocedores de la obra del autor alemán. El curso fue clausurado por el mismo Profesor JAKOBS, en un auténtico broche de oro que llenó de orgullo a la comunidad científica mexicana y honró a todos los participantes que siguieron, sesión a sesión, el Curso con el mayor interés.

Pocas palabras mías bastarían para resaltar la calidad científica de esta obra. Únicamente con mirar por encima el índice de contenidos, la lista de los colaboradores y el título de las ponencias extraeríamos la conclusión de que nos hallamos ante una obra sin precedentes en el amplio panorama de la Dogmática jurídico-penal moderna.

Durante una visita del Profesor JAKOBS a México, acompañado de nuestro maestro y amigo el Prof. Dr. POLAINO NAVARRETE, le propuse la organización por el Instituto Iberoamericano de Derecho Penal de un Curso o Diplomado de Especialización en Derecho Penal en el que, con carácter monográfico, se analizara su pensamiento filosófico y jurídico-penal, de la mano de los algunos de los máximos especialistas en la obra del maestro de Bonn; los profesores invitados intervendrían en sesiones individuales, dichas sesiones se llevarían a cabo dos veces al mes, con una duración de cuatro horas y media cada una, durante más de seis meses.

Aceptada la propuesta, pusimos manos a la obra. Reunir a juristas de diferentes países en un mismo Curso, no era tarea fácil en lo que a la diagramación y organización se refiere. Ante la imposibilidad física y material de invitar a todos los profesores e investigadores que se han acercado científicamente a la obra de JAKOBS, procuramos seleccionar a algunos de ellos, en quienes recaían méritos suficientes para llevar a cabo un análisis solvente de las diferentes cuestiones relacionadas con las dogmática funcionalista. Para configurar la lista de ponentes contamos con la ayuda del Profesor JAKOBS, quien junto con nosotros diagramó, revisó y aprobó expresamente la lista de intervinientes. Como es lógico, tuvimos que ceñirnos a las coordenadas temporales y materiales, y —a la vista del resultado— estamos seguros de que los invitados cumplieron con su rol de ponentes a la perfección. Confiamos en que el lector comparta esta misma idea, y encuentre interesante la obra que hoy nos complacemos en presentar.

De la organización y financiación del curso se ocupó el Instituto Iberoamericano de Derecho Penal, que contó con la inestimable ayuda del Dr. José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ, Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (México), ya que sin su ayuda no podría haberse llevado a cabo este magno evento; sírvase dar nuestro reconocimiento al Dr. Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA, quien con su participación y colaboración personal enalteció las diversas sesiones, trabajando arduamente durante el transcurso del curso.

Para llevar a cabo el cometido organizador, el Instituto que presido (IDEEP) solicitó la colaboración a dos jóvenes investigadores muy cercanos al Profesor JAKOBS, que habían visitado e investigado en el Seminario de Bonn y que se encargaron de la Coordinación científica del evento: los Doctorandos María Eloísa QUINTERO y Miguel POLAINO-ORTS, la primera oriunda de la República Argentina pero actualmente radicada en México, quien realizó *in situ* las tareas de organización, y coordinación durante todo el desarrollo del curso; el segundo originario de España pero radicado en Bonn (Alemania) desde donde colaboró minuciosamente con la organización del curso, y coordinó los detalles del viaje del Prof. JAKOBS a México. Además de realizar la clausura de este curso nuestro, el Prof. JAKOBS visitó con nuestra organización otros centros académicos del país, siendo investido, junto al Prof. POLAINO NAVARRETE, como Profesor *honoris causa* en dos prestigiosas Universidades de la República Mexicana.

Los ponentes que figuran en esta obra se ocupan de diferentes aspectos de la relevante obra del maestro alemán. Es cierto que no se agotan los temas dogmáticos que pueden someterse a discusión (para lo cual serían precisos varios cursos monográficos, y aun así quedarían materias sin analizar), pero sí se tratan al menos los problemas más fundamentales del pensamiento jakobsiano.

Desde este punto de vista, creemos que esta obra ofrece un interesante panorama que sirve como una introducción de alto nivel a la teoría funcio-nalista. Es la primera vez que se publica un libro colectivo, integrado por autores de varios países, dedicado al análisis de aspectos concretos por especialistas en esos temas. Por ello, es motivo de orgullo la publicación de una obra como la presente, que constituye ayudar a los estudiosos e interesados a adquirir un mayor conocimiento de la Dogmática penal moderna, ya sea desde una perspectiva expositiva, ya desde una perspectiva crítica, que tampoco falta en algunos de los trabajos publicados aquí.

Por último, algunas palabras más. Con esta publicación se inicia una serie, que esperamos larga y de calidad, de publicaciones auspiciadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Penal. Comenzar esta andadura con la presente publicación es un listón muy alto que nos compromete a seguir trabajando, como así esperamos que suceda, y que se den los frutos científicos en ocasiones próximas.

No quiero dejar de manifestar, desde aquí, mi gratitud a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y en particular a su Presidente el Dr. José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ, así como al Visitador del Centro, Dr. Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA y a su Director el Dr. Luis GARCÍA LÓPEZ-GUERRERO, la ayuda prestada en la financiación de este magno Congreso; al Prof. Dr. Miguel POLAINO NAVARRETE, Maestro y amigo, su siempre generosa disposición y diligencia para atender todos nuestros requerimientos, y por haber sido un excepcional puente de unión entre las Dogmáticas de Alemania, España y México, proponiendo nombres de maestros alemanes, como el Prof. JAKOBS, para que visitaran por primera vez nuestro país; a todos los componentes del Instituto Iberoamericano de Derecho Penal, que han colaborado en las tareas de organización del Curso; a los Coordinadores del mismo, María Eloísa QUINTERO y Miguel POLAINO-ORTS, por

el ingente trabajo desplegado, desde México o a distancia, sin el cual este curso no hubiera sido realidad; a todos y cada uno de los ponentes que, en ocasiones venciendo circunstancias adversas, se desplazaron desinteresadamente desde sus países hasta México y nos deleitaron enseñando; y, por supuesto, al eminente maestro Prof. Günther JAKOBS, que nos allanó el camino, nos alentó con palabras de reconocimiento y se prestó a intervenir, con sus conferencias magistrales, que igualmente se publican en este tomo, en la clausura de este evento sobre sus aportaciones científicas. Por último, quiero agradecer sinceramente a los más de ciento cincuenta participantes, que sesión a sesión, venciendo la distancia y el tiempo —ya que algunos tuvieron que desplazarse desde diversas partes de la Republica Mexicana, mientras otros abandonaron su obligaciones laborales— lograron, con su presencia, el éxito de este Curso, el cual, por su trascendencia, su aportación dogmática a la ciencia jurídica nacional e internacional, el nivel científico que mantuvo, y la diversidad de exponentes extranjeros y mexicanos que logró reunir, es único en el mundo por su duración y contenido sistemático en el pensamiento filosófico jurídico-penal de Günther JAKOBS.

"La Ciencia jurídico-penal, unida en México, por la obra de JAKOBS".

CONTENIDO

Página

Autores IX
Prólogo XI
Presentación XIII

¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege?

Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma 1
I. Sinópsis 1
II. Contradicción y prevención 2
A) Derecho abstracto 2
B) Juridicidad y bienestar 5
C) Persona y enemigo 8
III. Protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma 9
A) Bienes y bienes jurídicos 9
B) Deberes positivos 11
C) Comportamiento no permitido 12
D) Dogmática y política jurídica 15
IV. Resumen 17
A) Generalidades 17
B) Detalles 18
V. Observaciones acerca de la bibliografía 19

Actuar y omitir

Comentario previo 21
Primera parte. Deberes negativos 22
A) Equivalencia de actuar y omitir 22
B) El deber de aseguramiento en el tráfico jurídico como caso básico 24
1. Fundamentación del deber 24
2. En particular: el deber de aseguramiento en el tráfico jurídico como mandato 27
C) En particular: la asunción voluntaria 28
D) En particular: injerencia 30

Página

1. Fundamento 30
2. Cuestiones particulares 31
SEGUNDA PARTE. DEBERES POSITIVOS 36
A) Dependencia cultural 36
B) El Estado y los funcionarios estatales 37
C) Paternidad 39
D) ¿Matrimonio? 39
E) Otros supuestos de confianza especial 40
F) Delito de deber 42
RESUMEN 43
OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA 44

EL LADO SUBJETIVO DEL HECHO

I. INTRODUCCIÓN 45
II. DESTINO *VERSUS* CULPABILIDAD 46
III. ERRORES COGNITIVOS VERSUS ERRORES VOLITIVOS 49
IV. DEFECTOS COGNITIVOS POR DEFECTOS VOLITIVOS 54
V. SIGNIFICADO SUBJETIVO Y OBJETIVO DEL HECHO 57
VI. ESBOZO: IMPUTABILIDAD; EXIGIBILIDAD DE FIDELIDAD SUFICIENTE AL ORDENAMIENTO JURÍDICO 58
VII. RESUMEN 61
VIII. OBSERVACIONES SOBRE LA BIBLIOGRAFÍA 62

FUNCIONALISMO Y NORMATIVISMO PENAL. UNA INTRODUCCIÓN A LA OBRA DE GÜNTHER JAKOBS

I. GENERALIDADES 64
II. SISTEMA JURÍDICO Y EXPECTATIVAS DE CONDUCTA 65
A) Sistema social y ambiente 65
B) Las expectativas de expectativas. 69
Las normas como expectativas de conducta 69
C) Las expectativas normativas como mecanismo de la orientación social 71
D) La generalización de expectativas, y la forma de respuesta a su defraudación 73
III. PERSONA Y SOCIEDAD 77
A) La persona como construcción social y sujeto de imputación 77
B) La constitución normativa de la sociedad 80
C) Persona y configuración normativa 83
D) Filosofía práctica y libertad 84

Página

E) El concepto de libertad en Kant y Hegel. La libertad normativa 87
F) La fundamentación normativa de la libertad y su incidencia penal 90
1. La persona y sus ámbitos de libertad 90
2. Derecho Penal y herramientas sociológicas 93
IV. LA TEORÍA DE LA PENA: SIGNIFICADO Y FIN 94
A) Fundamentación filosófica y sociológica 94
B) Pena y su significado 95
C) La pena y su fin 97
V. LA VIGENCIA DE LA NORMA COMO BIEN JURÍDICO PENAL 98
VI. LA PENA DETERMINA EL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD. INTEGRACIÓN DE PREVENCIÓN Y CULPABILIDAD 100
VII. TRES ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL CONCEPTO DE ACCIÓN 102
A) La acción como acto comunicativamente relevante 102
B) La imputación objetiva como concreción de la acción 102
C) No hay acción sin culpabilidad 104
VIII. UNA CONCEPCIÓN LIBERAL DE LA RESPONSABILIDAD: COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIA INSTITUCIONAL 104
A) Delimitación de ámbitos de competencia 104
B) Posición de garante y teoría del delito 107
C) Posición de garante y estructura social 111
IX. UNA TEORÍA UNITARIA DEL TIPO (ACCIÓN Y OMISIÓN, DOLO E IMPRUDENCIA) 113
X. UNA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA VINCULADA A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA ... 115
A) El concepto normativo de autor. Algunos rasgos fundamentales 115
1. La noción de autor no se infiere del criterio de acción que se adopte, ni de la teoría del tipo. Depende de los fundamentos de la responsabilidad penal 116
2. La delimitación entre autoría y participación no depende de la realización de actos ejecutivos 118
3. La accesoriedad gira en torno a las posiciones de garante y a la prohibición de regreso 120
B) Autoría y participación en los delitos de organización 123
1. Dominio del hecho y aspectos normativos 123
2. El peso del aporte 125
a. La teoría de los bienes escasos 126
b. La realización de elementos del tipo 127
C) Autoría y "participación" en los delitos de infracción de deber 128
1. Regla general: el obligado institucionalmente siempre es autor 128
2. Casos en que el obligado institucionalmente responde como partícipe 131

Página

3. El fenómeno de la coautoría 132
4. Hipótesis de autoría mediata 133
ANOTACIÓN FINAL 134

EL MODERNO FUNCIONALISMO JURÍDICO-PENAL: ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE SU CONFIGURACIÓN CIENTÍFICA

I. LAS DIMENSIONES BÁSICAS DEL DERECHO: DE LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL A LA TEORÍA TETRADIMENSIONAL DEL DERECHO 135
A) Dimensión social 137
B) Dimensión normativa 140
C) Dimensión valorativa 141
D) Dimensión temporal 144
1. La trascendencia del tiempo en el Derecho 144
2. Conocimiento 'sincrónico' y conocimiento 'diacrónico' del Derecho en la Gnoseología jurídica 146
II. ¿NUEVAS DIMENSIONES DEL DERECHO PENAL? HACIA UNA TEORÍA PLURIDIMENSIONAL DEL SISTEMA SOCIAL Y DEL SISTEMA JURÍDICO 148
A) Dimensión personal 149
B) Otras (posibles) dimensiones 150
III. EL SISTEMA NORMATIVO-FUNCIONALISTA DEL DERECHO PENAL: APORTACIONES DOGMÁTICAS SOBRE NORMA, PERSONA Y SOCIEDAD EN EL SISTEMA DE JAKOBS 152
A) El punto de partida: la estrecha conexión entre Derecho Penal y Sociedad 152
1. Las aportaciones de las teorías sociológicas clásicas o premodernas: Sociología del Derecho y Derecho Penal 152
2. Las modernas teorías de los sistemas sociales (especial referencia a la teoría de Niklas Luhmann) 154
3. Teoría de los sistemas y sistema funcionalista del Derecho Penal 161
B) Relevancia histórica del concepto de persona 165
C) El renacimiento del concepto de persona en la teoría de JAKOBS 167
RESUMEN 172
D) Articulación de los conceptos de norma, persona y sociedad en JAKOBS ... 176

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA ESTRUCTURA DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL EN FUNCIÓN DE LAS EXIGENCIAS DE NUESTRA ÉPOCA

I. LA PROBLEMÁTICA DE LA COMUNICABILIDAD EN EL DERECHO PENAL 179
II. ALUSIÓN AL DENOMINADO DERECHO PENAL DE ENEMIGOS 192
III. EXAMEN DE LA DOCTRINA DEL RIESGO PERMITIDO 200
A) El carácter ubicuo de los riesgos permitidos 200

Página

B) ¿Cálculo de costes y beneficios? 201
C) La configuración de la sociedad como fuente del riesgo permitido 202
D) Exclusión de la tipicidad, y no justificación 204
IV. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA PARTICIPACIÓN 207

ALGUNAS REFERENCIAS DE HISTORIA DE LAS IDEAS, COMO BASE DE LA PROTECCIÓN DE EXPECTATIVAS POR EL DERECHO PENAL

I. INTRODUCCIÓN 217
II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN 219
III. CARACTERÍSTICAS DE LAS EXPECTATIVAS 232
1. Sobre la resistencia de las expectativas 232
2. Sobre la amplitud de las expectativas como modelos de orientación 236
a) Planteamiento del problema 237
b) El individuo 238
c) El rol, en especial, sobre la persona 240
3. La aceptación social de las expectativas 248
a) Introducción 248
b) La aceptación social de expectativas, en los supuestos de organización 249
c) La aceptación social de expectativas, sin organización 254
IV. RESUMEN FINAL 256

LAS CATEGORÍAS SIMBÓLICAS EN EL PENSAMIENTO SISTÉMICO Y PENOLÓGICO DE GÜNTHER JAKOBS

I. EL SECULAR DESPRESTIGIO DEL PENSAMIENTO SIMBÓLICO 259
II. ¿UTILIDADES SIMBÓLICAS EN EL SISTEMA JURÍDICO-PENAL? 263
III. SIMBOLISMO NORMATIVO EN LA VERSIÓN SISTÉMICA DE JAKOBS 266
IV. LAS TEORÍAS SOCIOLÓGICAS DE LUHMANN COMO FUENTE DE CATEGORÍAS SIMBÓLICAS ... 269
V. EL PARADIGMA DE LA COMPLEJIDAD 272
VI. EL SISTEMA SOCIAL Y SU AUTORREFERENCIALIDAD 276
VII. EL FUNCIONALISMO PENAL SISTÉMICO: SU ENTENDIMIENTO DE LA AUTORREFERENCIALIDAD 278
VIII. LA COMUNICACIÓN SISTÉMICA 287
IX. EL SISTEMA JURÍDICO PENAL: DERECHO PENAL GARANTIZADOR DE EXPECTATIVAS FRENTE A DERECHO PENAL PROTECTOR DE BIENES 289
X. TRANSGRESIÓN Y PENA: EXPRESIÓN SIMBÓLICA EN LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA 295
A) El infractor 295

Página

B) Víctima y sociedad 299
C) La pena 303
1. Planteamiento 303
2. Comunicación y lenguaje punitivo 308
3. La función manifiesta de la pena en sus diferentes formulaciones 311
a) La pena confirma ante la sociedad la vigencia de la norma 311
b) La pena revalida la identidad normativa de la sociedad 314
c) La pena opera la estabilización de expectativas jurídicas 315
d) Pena integradora frente a pena retributiva 319
4. Funciones latentes de la pena. La pena como aprendizaje. Fidelidad al Derecho y marginalización social del acto delictivo 323
XI. EXCURSO. LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA ANTE EL USO CORRUPTOR DEL SÍMBOLO . 327

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

I. INTRODUCCIÓN 335
II. ESBOZO DEL SISTEMA FUNCIONALISTA: SOCIEDAD, NORMA, PERSONA. LA PENA COMO REAFIRMACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMA 337
III. CONCEPTO DE "VIGENCIA DE LA NORMA" 340
A) El concepto de vigencia del Derecho: algunas delimitaciones 340
B) Vigencia y validez 342
C) Vigencia de la norma en Derecho Penal 343
1. Vigencia de la norma y Prevención general positiva 343
2. Vigencia de la norma: un cambio de paradigma 347
IV. ONTOLOGISMO VALORATIVO *VERSUS* NORMATIVISMO FUNCIONALISTA 349
A) La función de protección de bienes jurídicos en el seno de una Dogmática ontologista 349
B) La quiebra de la Dogmática ontologista: la crítica funcionalista al concepto de bien jurídico 352
C) La concepción funcional-normativista 355
1. Excurso: algunas soluciones eclécticas 355
2. Vigencia de la norma y funcionalismo: el concepto de función (función manifiesta y función latente) 358
3. Autorreferencialidad del sistema jurídico 364
4. Algunas críticas 368
a) ¿Autoprotección de la norma? 368
b) Acriticismo hacia la constitución del sistema: en concreto, Funcionalismo y autoritarismo político 370
V. INDIVIDUO *VERSUS* PERSONA 377

Página

A) Interdependencia del Derecho Penal y de la Sociedad 377
B) Cambio de paradigma: del individualismo al transpersonalismo socialmente interactivo 379
VI. FUNCIONALISMO TRADICIONAL (ANÁLISIS SISTEMÁTICO) *VERSUS* FUNCIONALISMO MODERNO (ANÁLISIS FUNCIONAL) 384
A) Generalidades sobre el método funcional 384
B) Algunas repercusiones para la Dogmática jurídico-penal 385
1. La equivalencia funcional entre delito y pena 385
2. Concepto dogmático de delito 387
VII. CONCLUSIONES 392
VIII. ANOTACIONES SOBRE LA BIBLIOGRAFÍA DE JAKOBS 394

CUATRO PREGUNTAS SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

I. UN EJEMPLO LITERARIO DE DERECHO PENAL DEL ENEMIGO 404
II. ¿QUÉ ES EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO? 407
A) 1985: partida de nacimiento 407
B) Evolución y desarrollo (1999-2006) 410
C) En resumen: ¿Qué siginifica Derecho Penal del Enemigo en el momento presente? 414
1. Esencia: erosión de la seguridad cognitiva en la norma 414
2. Función de la pena: combate prospectivo frente a una fuente de peligro 415
3. Enemigo versus *persona en Derecho* 415
4. Técnicas propias del Derecho Penal del Enemigo 416
D) Tergiversaciones del Derecho Penal del Enemigo 418
E) El Derecho Penal del Enemigo en el pensamiento de JAKOBS: ¿evolución o ruptura? 422
III. ¿EXISTE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LOS ORDENAMIENTOS ACTUALES? 423
A) Normas penales de Derecho Penal del Enemigo 423
B) ¿Evolución o ruptura? 427
C) ¿Descripción o propuesta? 430
IV. ¿DEBE EXISTIR EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO? 432
A) ¿Descripción *versus* prescripción? 432
B) ¿Quién legitima el Derecho Penal del Enemigo? 433
V. ¿POR QUÉ EXISTE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO? 437
A) La erosión de la seguridad cognitiva de la norma como *ratio essendi* de las normas penales contra enemigos 437

Página

B) El deber mínimo de civilidad 438
C) Consecuencias de la erosión del deber mínimo de civilidad 439
VI. CONCLUSIÓN: LA UBICUIDAD DEMOCRÁTICA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO (O ¿POR QUÉ EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO NO ES, EN LAS DEMOCRACIAS, ILEGÍTIMO *PER SE*?) 441

DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

I. LA INSTITUCIÓN NEGATIVA 445
II. INSTITUCIONES POSITIVAS 447

EL CONCEPTO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DENTRO DE UNA CONCEPCIÓN FINALISTA DE LA TEORÍA DEL DELITO 468
2. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DENTRO DE UNA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA TEORÍA DEL DELITO 486

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

INTRODUCCIÓN 493
I. EL PROBLEMA 496
1. Introducción 496
2. Las críticas del finalismo 499
a) Falta de adecuación en el delito doloso 499
b) Falta de adecuación en el delito imprudente 501
c) Algunas respuestas provisionales 503
3. La perspectiva de enjuiciamiento 504
II. LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA 507
1. Planteamiento 507
2. El tipo objetivo 509
3. Lo "objetivo" y lo "subjetivo" 511

CONDUCTA DE LA VÍCTIMA Y RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PENAL DEL AUTOR

I. INTRODUCCIÓN 515
II. MODELOS DE SOLUCIÓN 524
A) Tratamiento encubierto de la conducta de la víctima 525

Página

B) Consentimiento 527
C) Auto- y heteropuesta en peligro 529
D) Merecimiento de protección ("victimodogmática") 534
III. LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA DE IMPUTACIÓN PENAL 537
A) El principio de autorresponsabilidad de la víctima 538
B) La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima 542
1. Definición 542
2. Imputación no accesoria 542
3. Imputación objetiva 545
4. Organización conjunta 550
5. Recortes normativos de la autorresponsabilidad 554
C) Imputación a la víctima e imputación objetiva 554
1. La conducta de la víctima en otras instituciones de la imputación objetiva del comportamiento 555
2. La conducta de la víctima en la imputación objetiva del resultado 561

POR QUÉ UN CONCEPTO DE ILÍCITO PENAL SIN DISVALOR DE RESULTADO PERMITE UNA DOGMÁTICA MÁS RACIONAL

§ I. INTRODUCCIÓN 571
§ II. RESULTADO Y SUERTE MORAL 574
§ III. BIEN JURÍDICO *VERSUS* ESTABILIZACIÓN DE EXPECTATIVAS NORMATIVAS 576
IV. TENTATIVA *VERSUS* PRINCIPIO DE DISMINUCIÓN DEL RIESGO 577
A) La tentativa peligrosa 577
B) La tentativa *no* peligrosa 580
§ V. IMPUNIDAD POR DESISTIMIENTO 583
A) El desistimiento de la tentativa peligrosa 583
B) El desistimiento de la tentativa *no* peligrosa 585
C) El desistimiento del partícipe 586
§ VI. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN 586
§ VII. PARTICIPACIÓN 589
§ VIII. OMISIÓN 592
§ IX. CONCLUSIÓN 597

LOS MOMENTOS DE LA CAPACIDAD DE IMPUTACIÓN

I. GENERALIDADES 599
II. ¿DIFERENCIACIÓN ENTRE CAPACIDAD DE ACCIÓN Y CAPACIDAD DE CULPABILIDAD? 603

Página

A) ¿Evitabilidad individual como criterio? 604
B) ¿Previsibilidad del estado de defecto como criterio? 607
C) La consideración inmanente del conocimiento del tipo en el conocimiento de la norma 610
III. ¿DIFERENCIACIÓN ENTRE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD Y LA INEXIGIBILIDAD? 611

LA DOCTRINA MODERNA DEL DOLO EVENTUAL

I. LAS TEORÍAS DE LA APROBACIÓN O DEL CONSENTIMIENTO 622
II. LA TEORÍA DE LA INDIFERENCIA (ENGISCH) 623
III. LAS TEORÍAS DE LA REPRESENTACIÓN O DE LA POSIBILIDAD (SCHRÖDER, SCHMIDHÄUSER) 624
IV. DOLO E IMPUTACIÓN (PUPPE) 626
V. LA TEORÍA DE LA NO PUESTA EN PRÁCTICA DE LA VOLUNTAD DE EVITACIÓN (A. KAUFMANN) 627
VI. EL DOLO JURÍDICO PENAL SOBRE LA BASE DE LA TEORÍA COGNITIVA DE LA ACCIÓN (KARGL) 628
VII. LA TEORÍA DEL RIESGO (FRISCH) 630
VIII. TEORÍA DE LA CALCULABILIDAD (ROXIN) 630
IX. LA NO IMPROBABLE PRODUCCIÓN DEL RESULTADO Y LA HABITUACIÓN AL RIESGO (JAKOBS) 632
X. CONCLUSIONES 646

EL DELITO IMPROPIO DE OMISIÓN. UN ANÁLISIS A PARTIR DE LOS CÓDIGOS PENALES MEXICANOS Y EL DERECHO COMPARADO

INTRODUCCIÓN 649
I. EL DELITO DE OMISIÓN 651
A) Perspectiva histórica 652
B) Fundamento de punición 656
C) Situación actual; postura personal 659
II. REGULACIÓN POSITIVA DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN 663
A) Algunos sistemas de Derecho comparado 663
B) El delito de omisión en el ordenamiento jurídico penal mexicano 667
C) Conclusión 674

Página

LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA EN DERECHO PENAL

I. INTRODUCCIÓN 679
II. PERSONA FÍSICA Y PERSONA JURÍDICA: ¿DOS CONCEPTOS DIFERENTES DE PERSONA? 682
III. HACIA UN DERECHO PENAL ECONÓMICO SANCIONADOR DE EMPRESA 689
IV. ¿VIGENCIA DEL PRINCIPIO "*SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*"? 693
V. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN 704

INJUSTO DE LA TENTATIVA Y VIGENCIA DE LA NORMA DESDE UNA PERSPECTIVA PENAL FUNCIONALISTA

I. PLANTEAMIENTO 707
II. ESENCIA Y SIGNIFICADO DEL INJUSTO DE LA TENTATIVA: EL INJUSTO INTENTADO COMO DESAUTORIZACIÓN DE LA NORMA 708
III. EL INJUSTO INTENTADO ¿CATEGORÍA INDEPENDIENTE DEL INJUSTO CONSUMADO? 712
IV. ¿INJUSTO DE LA TENTATIVA O TENTATIVA DE REALIZAR UN INJUSTO? SOBRE LA CAPACIDAD DE RENDIMIENTO DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL INJUSTO 721
A) ¿Lesión de bienes jurídicos *versus* ataques a la vigencia de la norma? 722
B) Fundamento de la punibilidad del injusto de la tentativa: la teoría objetiva y la teoría subjetiva del fundamento penal de la tentativa 725
C) Sobre la compatibilidad de la lesión de la vigencia de la norma y de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos 729
D) ¿Perspectiva *ex ante* o *ex post* de la puesta en peligro de un bien jurídico? La correcta valoración normativa *ex tunc* 732
V. SIGNIFICADO DEL ACTO PERSONAL Y CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE RESULTADO 733
A) Persona *versus* individuo 733
B) Concepto de resultado material *versus* resultado normativo 736
VI. EL INJUSTO DE LA TENTATIVA EN EL EJEMPLO DE LOS DELITOS DE MERA ACTIVIDAD Y DE OMISIÓN PROPIA 738
VII. EL INJUSTO DE LA TENTATIVA EN LOS DELITOS DE TENTATIVA Y EN LOS DELITOS DE EMPRENDIMIENTO 740
A) Delitos de 'tentativa autónoma' 740
B) Delitos de 'emprendimiento' 741
VIII. CONCLUSIONES 742

Página

CONCEPCIÓN FUNCIONALISTA Y DE UNIDAD SISTEMÁTICA DE LA SEGURIDAD NORMATIVA, COMO JUSTIFICACIÓN PARA UNIFICAR LA LEGISLACIÓN PENAL EN EL ESTADO MEXICANO

PRIMERA PARTE 746
I. INTRODUCCIÓN 746
II. GENERALIDADES 747
III. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA (UNIDAD NORMATIVA) 752
IV. OTROS PRINCIPIOS CARACTERÍSTICOS DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO 757
V. BREVE REFERENCIA A LOS FINES DEL DERECHO 761
VI. LA METODOLOGÍA PARA LA CREACIÓN Y MODIFICACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS 766
SEGUNDA PARTE 768
I. CONDICIÓN NEGATIVA DE LA SITUACIÓN VIGENTE EN EL ESTADO MEXICANO 768
A) Marco constitucional en torno al sistema federal de competencias 768
B) Inconveniencia constitucional de pluralidad de codificaciones penales 775
II. LA NECESIDAD DE UNIFICAR LA LEGISLACIÓN PENAL A NIVEL NACIONAL COMO PRESUPUESTO DE CONGRUENCIA EN LA ESTRUCTURA BÁSICA DEL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO Y CONFORMACIÓN DE UNA IDENTIDAD NORMATIVA INTEGRAL 795
III. RESUMEN 799
BIBLIOGRAFÍA 801

GARANTÍAS DE UNA IMPUTACIÓN JUSTA: PARTICIPACIÓN (¿SANCIONABLE?) DE AGENTES FINANCIEROS EN EL DELITO DEL BLANQUEO DE DINERO

I. INTRODUCCIÓN 807
II. AUSENCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO ENTRE EL BLANQUEADOR Y EL AGENTE FINANCIERO 809
III. LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD A TRAVÉS DE LA ADECUACIÓN SOCIAL 811
IV. LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL A TRAVÉS DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO 813
V. NEGOCIOS STANDARD (DEL AGENTE FINANCIERO) Y LIMITACIONES DE LA RESPONSABILIDAD 819
VI. ¿INSERCIÓN EN LA LEY DE BLANQUEO DE UN TIPO CULPOSO PARA PENALIZAR AL AGENTE FINANCIERO? 823
VII. Conclusión 825

Página

EPÍLOGO:
LA OBRA CIENTÍFICA DEL PROFESOR JAKOBS

I. INTRODUCCIÓN 827
II. EL CONTEXTO UNIVERSITARIO ALEMÁN, EL MAESTRO WELZEL Y LA FASCINACIÓN POR UNA SISTEMA COMPLETO DEL DERECHO PENAL 828
III. UN NUEVO SISTEMA DEL DERECHO PENAL: EL FUNCIONALISMO NORMATIVO DE JAKOBS 831
A) La sólida fundamentación filosófica y sociológica del funcionalismo 833
B) Aportaciones dogmáticas del funcionalismo jakobsiano 834
IV. FINAL 836

¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege?

Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma[*]

Günther Jakobs

Sumario: I. Sinópsis; II. Contradicción y prevención: A) Derecho abstracto; B) Juridicidad y bienestar; C) Persona y enemigo; III. Protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma: A) Bienes y bienes jurídicos; B) Deberes positivos; C) Comportamiento no permitido; D) Dogmática y política jurídica; IV. Resumen: A) Generalidades; B) Detalles; V. Observaciones acerca de la bibliografía.

I. Sinópsis

El título algo alambicado de mi ponencia resulta del intento de vincular en ella dos problemas relacionados entre ellos, pero que suelen tratarse actualmente por separado. En primer lugar, se trata de la habitualmente llamada cuestión de los fines de la pena, y, en segundo lugar, de la del fin de protección del conjunto del "aparato penal". El esbozo de las reflexiones a efectuar es el siguiente: el hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que aquélla inflige, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma: esto se llama "prevención general positiva". Esta conclusión de la primera parte preconfigura ya la que deriva de la segunda: lo decisivo es la protec-

* Título alemán: *Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch und Prävention; Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung* (manuscrito). Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

ción de la vigencia de la norma. Para una ulterior fundamentación se expondrá que la tesis de la protección de bienes jurídicos, al tomar como punto de referencia un bien, sale de un punto de partida erróneo; pues el Derecho es una relación entre personas; sólo a través de éstas también entran en acción los bienes.

II. CONTRADICCIÓN Y PREVENCIÓN

A) Derecho abstracto

Quien quiera orientarse en el mundo ha de conocer sus reglas, y ello en un doble sentido: por un lado, las reglas de la naturaleza, así como de la lógica y de las matemáticas, y, además, las reglas, o mejor, las normas de la sociedad. La frontera entre el mundo natural —como denominaré con toda brevedad al ámbito de la naturaleza junto con la lógica y las matemáticas— y el mundo social no está determinada de una vez por todas, para todos los tiempos —este punto se abordará en el texto relativo al lado subjetivo del hecho—, pero lo que sí está determinado de una vez por todas es cómo se procesan las defraudaciones en uno u otro mundo. Si el mundo natural no discurre como un ser humano se ha imaginado, lo que sucede sencillamente es que su pronóstico estaba equivocado; no conocía de modo suficiente las leyes de la naturaleza; quizás también ha evaluado la complejidad de la situación erróneamente, quizás ha hecho cálculos equivocados, quizás ha incurrido en un error en un intento de deducción lógica — sea como fuere, deberá mejorar en el futuro, debe iniciar un nuevo aprendizaje, en caso de necesidad, habrá de intentar evitar las situaciones que no domina. Dicho con un ejemplo: quien, cuando amenaza tormenta, se aventura nadando lejos de la costa, y de hecho entra en una situación comprometida, en la próxima ocasión —si es que sobrevive a la primera— examinará mejor la evolución del tiempo metereológico, o incluso renunciará por completo a alejarse de tierra. — Tales expectativas, cuya defraudación es procesada a través de una mejora del material cognitivo —se ha aprendido algo—, se llaman *expectativas cognitivas*. El caso "clásico" de una expectativa cognitiva frecuentemente defraudada es el pronóstico *casero* de la evolución del tiempo a largo

plazo: se infravalora la complejidad de la situación; y es que hay que saber mucho más para poder formular predicciones fiables.

Las cosas son distintas en el mundo social: en la medida en que las personas se hallan vinculadas a través de normas —de acuerdo con la concepción moderna, es presupuesto de ello también la capacidad de cumplir normas—, se dirige a ellas la expectativa de que su conducta será conforme a la norma; pero esta expectativa, que se denomina *expectativa normativa*, en caso de defraudación no es abandonada, es decir, no se lleva a cabo el aprendizaje, sino que se mantiene la expectativa, planteando la conducta errónea del infractor de la norma como causa decisiva de la defraudación. En un ejemplo: quien sufre lesiones corporales sin razón alguna no se contenta con ser más precavido en el futuro, sino que insistirá en su derecho a no ser lesionado, es decir, identificará al autor como causa de su defraudación, exigiendo que éste sea penado, y eso significa: que se confirme su expectativa.

Llegados a este punto, se podría objetar que la pena también es una modalidad cognitiva de procesamiento, ya que se intimida al propio autor y a potenciales futuros autores, de modo que cabe contar con que no habrá más hechos delictivos. Ciertamente, estas reflexiones y otras similares también influyen en la pena estatal, pero no constituyen su principio. Se puede intimidar a cualquier ser susceptible de ser domado, no sólo a los autores culpables, sino también a los niños, a las personas que padecen enfermedades mentales o que sufren un retraso mental, además, a algunos animales, como los perros. Si la pena sólo fuera un amaestramiento por intimidación, ¿para qué el principio de culpabilidad, que es tenido en cuenta por cualquier Derecho Penal moderno cultivado?

El principio de culpabilidad garantiza dos cosas: en primer lugar, que el hecho no debe interpretarse como casualidad o como capricho del destino, sino como obra, artefacto de una persona; y en segundo lugar, que esta persona es competente para intervenir en asuntos públicos. En breve: un hecho culpable es una configuración del mundo que pretende ser determinante. Es con *esta* interpretación que se alcanza el plano verdaderamente social: la

comunicación; el autor afirma a través de su hecho que el mundo debe ser configurado del modo en el que él se comporta, es decir, en contra de la norma y no de otra manera.

Partiendo de tal entendimiento —el hecho no se concibe como una amenaza por parte de la naturaleza, sino de modo específicamente social, como conflicto en torno a la configuración de la sociedad, esto es, como contribución a la comunicación—, partiendo de esta concepción, entonces, puede apreciarse que también la pena ha de ser algo más que coacción, que infligir dolor: debe ser una respuesta con el contenido de que el ataque del autor contra la estructura normativa de la sociedad no es determinante y que esta estructura mantiene su configuración sin modificaciones. Dicho de otro modo: el autor afirma que el contenido comunicativo de su comportamiento es válido para ulteriores comunicaciones, pero la punición pone en claro que eso no es así. En un ejemplo: el homicida declara a través de su hecho —*sit venia verbo*— que matar es aceptable en sociedad, pero la pena significa que eso no es así. Más aún: ya a través del mero hecho de que un delito sea perseguido se muestra que se pretende mantener la configuración que la sociedad ha tenido hasta el momento; incluso la mera denominación de un delito como tal delito significa su marginalización comunicativa; por lo tanto, es posible que exista comunicación acerca de la estructura normativa de la sociedad sin la imposición de una pena, sin dolor.

Sin embargo, una comunicación que tiene lugar a través de una mera denominación es etérea, y eso puede que no sea suficiente frente a un hecho que no se agota en una mera afirmación contraria a la vigencia de la norma, sino que también ejecuta el acto que lesiona la vigencia, objetivándolo en ese sentido (dicho sea de paso: esta objetivación es más débil en la tentativa; *ésta* es la razón de la atenuación facultativa de la pena por tentativa). Por el contrario, es necesario objetivar también la respuesta confirmatoria de la vigencia, y ello a costa del autor, ya que éste debe resarcir a la sociedad por el daño en la vigencia de la norma que ha producido; los costes se imponen al autor privándole de medios de desarrollo — de todos: en la pena de muerte; de la mayoría, durante un período de tiempo: en la pena privativa de liber-

tad; de algunos: en la pena de multa. Lo impresionante del talión, de la retribución en la misma especie, como aún KANT la defendía (*Metaphysik der Sitten*, ed. Akademie, pág. 332 y sigs.) es que —al menos en el plano conceptual— las objetivaciones respectivas de hecho y pena resultan idénticas.

B) Juridicidad y bienestar

Ahora bien, desde la ridiculización de las penas-reflejo por parte de HEGEL —"ojo por ojo, diente por diente, y cabe imaginar por completo al autor tuerto o desdentado" (*Rechtsphilosophie*, § 101, observación)—, nadie piensa seriamente en el talión, y por ello se plantea con toda urgencia la cuestión acerca de cómo ha de determinarse la extensión concreta de la pena. No es posible dar una respuesta sólo con las ideas que se han desarrollado hasta al momento; pues estas ideas se limitan aun a condiciones puramente abstractas de la juridicidad: las normas se infringen de manera imputable, y la vigencia de la norma es confirmada por la pena — una relación meramente formal. Para su ampliación, materialización, en primer lugar debe examinarse la expectativa normativa con mayor detenimiento, es decir, aquella expectativa cuya defraudación no es resuelta mediante un reaprendizaje, sino a través de la imputación a un infractor de la norma. Por regla general, no resulta practicable *exclusivamente* en cuanto expectativa normativa, pues las personas no sólo necesitan la certeza de estar en Derecho, sino también de que podrán salir más o menos adelante con sus intereses, con su bienestar. Dicho con un ejemplo: cuando en un barrio con mala fama son altas las probabilidades de ser asaltado, lesionado, quizás incluso muerto, se evitará en lo posible transitar por él, aunque en caso de ocurrir alguno de esos hechos éstos sean imputados al autor, confirmando a la víctima de ese modo que tenía derecho a partir de una expectativa normativa.

Todos los entes normativos necesitan de una base cognitiva que alcance lo fundamental, pues de lo contrario sólo existen en sí, conceptualmente, pero, precisamente, no en la realidad. El más grande entre los normativistas del siglo pasado, Hans KELSEN, concibe al Estado como "orden coactivo efectivo en lo fundamental" (*Reine Rechtslehre*, 2a. edición, pág. 205 y

passim); y es que un Estado sólo imaginado no es un Estado real. O: la persona en el Derecho, esto es, la titular de deberes y derechos, sólo puede ser tratada como persona en la medida en que en lo fundamental se conduzca de mane-ra conforme a la norma; si se comporta permanentemente como un diablo, se convierte en un enemigo, es decir, en una no-persona. Y lo mismo sucede con cualquier expectativa normativa: debe gozar en lo esencial de una base cognitiva, si se pretende que una persona acepte partir de ella.

Por ello, no basta con contradecir al autor, después de su hecho, mediante la pena, confirmando de este modo la configuración de la sociedad; por el contrario, también ha de procurarse que no se incremente la probabilidad de ulteriores infracciones de la norma, de modo que las personas, temiendo por su legítimos intereses, por su bien, no comiencen a dudar de la realidad del ordenamiento jurídico. Ciertamente: una norma también rige cuando es infringida; ya el mero hecho de que la infracción de la norma es denominada como tal es un caso evidente de vigencia de la norma. Pero la vigencia de la norma no es un fin en sí mismo; las personas quieren establecerse en el ordenamiento jurídico y encontrar allí su libertad y su bienestar. Sin embargo, la víctima sólo es libre en el plano conceptual —está en su derecho—, pero no realmente, y el bienestar no puede realizarse contrafácticamente. Brevemente: el hecho de que se sancionen las infracciones de la norma no es suficiente *per se* para el mantenimiento del orden, sino que, por el contrario, es necesario que en la mayoría de los casos se cumpla también la norma primaria. Para clarificar lo dicho: si se considera, por ejemplo, la norma primaria "no matarás", y se añade la norma secundaria "y si lo haces, serás castigado", no bastará, en caso de que haya homicidios en masa, que se pene también en masa; por el contrario, no deberán producirse homicidios masivos si se quiere que la realidad del Derecho no se vea afectada. Dicho sea de paso, no es posible llevar a cabo puniciones masivas ya por el hecho de que la coacción estatal es un recurso que no puede incrementarse indefinidamente. Por lo tanto, si la norma primaria sufre erosión, su vigencia acabó por una doble razón: nadie puede seguir tomando en serio la expectativa normativa, y no habrá sanción regular.

Si se tiene en cuenta esa necesidad de procurar la vigencia *directa* de la norma primaria, el dolor infligido por la pena obtiene aparte de su significado simbólico un peso cuantificable: debe ser tan intenso que el adquirir culpabilidad pueda representarse con carácter general como conducta que genera un saldo de más desventajas que ventajas.

Pero ¿cómo puede justificarse este trato del autor frente a él mismo? El autor no ha sido desligado del vínculo jurídico, sino sigue siendo una persona en el Derecho, por lo que —en terminología kantiana (*op. cit.*, pág. 331)— no debe ser mezclado con los objetos del Derecho de cosas, sino que ha de ser tratado en todo momento como fin en sí mismo. Partiendo de tal situación, ¿puede infligírsele un dolor penal por la libertad y el bienestar de los demás? La respuesta es que 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. — Cuando se acaba de afirmar que *él* debe procurarlo, ello se hace de manera consciente: como persona en Derecho, él mismo tiene el cometido de resarcir el daño por él producido. En 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..

Por lo tanto, no se trata de intimidar a personas —de todos modos dispuestas a cometer el hecho— mediante un tratamiento duro del autor, y tampoco de intimidar al autor para que no cometa ulteriores hechos, sino de lo único que se trata es de una compensación por el daño producido por el autor en la vigencia de la norma primaria. En un Estado ordenado, basta en cuanto compensación una pena que en vista a la culpabilidad sea entendida de modo general como pérdida ya seria; entonces, el comportamiento delictivo se considera una alternativa inaceptable, y se produce una actitud natural de fidelidad al ordenamiento jurídico. En este sentido, se habla de prevención general positiva, debiendo ser la generalidad la destinataria del proceso, siendo

confirmada en su actitud de fidelidad al ordenamiento —por ello prevención general—, pero —por ello "positiva"— no mediante intimidación, sino mediante un aprendizaje de la fidelidad al ordenamiento como actitud natural. Por consiguiente, la pena *significa* una contradicción del significado del hecho, y el dolor de la pena debe *producir* prevención general positiva.

C) Persona y enemigo

Pero ¿no debe desplegar la pena también un efecto preventivo-especial?, más aún, ¿hubiera siquiera existido la marcha triunfal de la pena privativa de libertad si no fuera que la privación de libertad impide por completo al autor la realización de delitos fuera de la prisión? Puede ser que en un número considerable de casos, el centro de gravedad esté en el efecto preventivo-especial, pero ese efecto preventivo pertenece a otro contexto de legitimación distinto del de la prevención general positiva. Ciertamente, esta separación no puede percibirse a primera vista; pues, aparentemente, el autor es coaccionado en todo caso a hacer algo a lo que está obligado jurídicamente: en la prevención general positiva, a restituir el daño en la vigencia de la norma que ha producido, en la prevención especial, a una conducta al menos externamente legal. Sin embargo, esta equiparación oculta una enorme diferencia: en la prevención general positiva, el dolor penal se inflige a una persona competente, capaz de ser culpable, y precisamente no a un niño o a seres humanos mentalmente enfermos o débiles; pues frente a éstos no hay expectativas normativas que puedan ser defraudadas. HEGEL formuló esta idea —de manera algo patética, pero completamente acertada en el contenido nuclear— afirmando que con la pena se honra al delincuente como "ente racional" (*op. cit.*, § 100, anotación); precisamente, sólo se le pena porque se le entiende como igual, como ciudadano pleno. La situación es otra en el caso del efecto asegurador respecto de futuros hechos que deriva de encerrar al sujeto: no depende de la culpabilidad que concurriría en los hechos futuros ni de la que concurriera en los pasados, sino única y exclusivamente de la peligrosidad del individuo. También hay que proteger a la sociedad frente a niños peligrosos o seres humanos que padecen enfermedades mentales, al igual que frente a los animales peligrosos o a los peligros naturales, etc.

Por consiguiente, en el ámbito del efecto preventivo-especial de aseguramiento de la pena privativa de libertad, el autor no es concebido como persona competente, sino como foco de peligro. En el plano material, se trata de una medida de seguridad que se denomina "pena": la custodia de seguridad. Tal modo de tratar a un autor no necesariamente ha de ser ilegítimo. KANT (*op. cit.*, pág. 256) enseña que todos pueden lícitamente obligar a todos a entrar en una constitución civil, para poder estar seguros del ejercicio de sus derechos (de su patrimonio inteligible), e inmediatamente se plantea la cuestión de qué es lo que debe suceder con aquel que no se deja obligar; KANT da una respuesta también a esto: es necesario separarse de él (*Zum ewigen Frieden*, 2a. parte, 1a. nota), y esta separación se lleva a cabo, por ejemplo, a través de la custodia de seguridad. Al hacer esto, precisamente no se toma en serio como persona al sujeto potencialmente peligroso — pues de lo contrario, se le dirigirían expectativas normativas; su ausencia muestra que el sujeto peligroso, *en esa medida*, ha sido excluido del ámbito de las personas, contándolo entre los enemigos.

III. PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS Y PROTECCIÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

A) Bienes y bienes jurídicos

La cuestión acerca del fin de la pena también puede plantearse en otro sentido distinto del que hasta ahora se ha discutido aquí: ¿para qué sirve todo el "aparato penal"? La respuesta probablemente más extendida en Alemania es: para la protección de bienes jurídicos. En la segunda parte de esta intervención se pretende analizar críticamente esta respuesta, y la conclusión obtenida en la parte anterior, de acuerdo con la cual la pena debe ser entendida como una contradicción de la desautorización de la norma, ya preconfigura el resultado que se obtendrá en este punto: la pena no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma. La protección de bienes jurídicos en todo caso se obtendrá como resultado *mediato*.

La tesis de la protección de bienes jurídicos implica que existen bienes previos al Derecho Penal, o constituidos por éste —la vida, el cuerpo, la propiedad, pero también el funcionamiento de los órganos estatales y otros— de cuya integridad el Derecho Penal debería ocuparse. Sin embargo, ya una observación superficial de los bienes de estas características enseña que en la mayoría de los casos, éstos son lesionados por procesos que carecen de relevancia jurídico-penal, incluso de toda relevancia jurídica —y hay que añadir: ¡por suerte!—, que son sencillamente el decurso de la naturaleza: los seres humanos mueren al alcanzar edades avanzadas o enferman por una infección; el óxido corroe instalaciones ferroviarias, barcos, coches; catástrofes naturales destruyen las cosechas. ¿Son todos estos procesos lesiones de bienes jurídicos?

¡Por supuesto que no! Y los representantes de la tesis de la protección de bienes jurídicos explicarán que lo que quiere decirse es que el ordenamiento jurídico debe garantizar una protección de los bienes frente a ataques humanos, dicho con mayor exactitud, frente a ataques realizados por personas en sentido jurídico-penal (los inimputables, es decir, por ejemplo, los niños o los enfermos mentales, no "cuentan"). Dicho con un ejemplo: una infección con el virus de la gripe es una afectación de bienes, pero una patada en la espinilla es una lesión de un bien jurídico; el granizo que estropea un sembrado causa la lesión de un bien, pero el grupo de personas que lo pisotea adrede, lesiona un bien jurídico.

Extendamos un poco más el asunto: ¿cuándo un bien es un bien jurídico? La respuesta es: cuando esté configurado como derecho del titular. No existen los bienes jurídicos que fluctúen libremente, sin estar asignados a un titular, sino sólo aquéllos a cuyo uso tiene derecho un individuo o un colectivo, y no es el bien, sino el titular el que —puesto que tiene derecho— puede exigir que su bien no sea lesionado. Dicho de otro modo: el Derecho no es un muro protector colocado alrededor de los bienes, sino que es una relación entre personas. Por lo tanto, la idea del Derecho Penal como protección de bienes jurídicos sólo puede significar que se protege a una persona o

a la generalidad, en cuanto colectivo imaginado de todas las personas, en su relación con otra persona, contra la lesión de los derechos sobre sus bienes.

B) Deberes positivos

Sin embargo, la tesis de la protección de los bienes jurídicos, incluso en esta configuración —es decir, elevándola del plano de los bienes al plano del Derecho en cuanto relación entre personas— sigue siendo susceptible de sufrir ataques en varios frentes. En primer lugar, los bienes tienen determinadas condiciones de mantenimiento, sin las cuales carecen de valor o al menos están en riesgo. Dicho con un ejemplo: la salud sólo puede conservarse si existen centros hospitalarios, y también una policía que preste protección frente a asaltos violentos que provocan lesiones, y la propiedad sólo es una propiedad segura en un Estado que tiene una Administración de Justicia que funcione, etc. Dicho de otro modo: lo que queda articulado a través de la tesis de la protección de bienes jurídicos es la relación negativa que existe entre todas las personas en Derecho: nadie debe lesionar los derechos de los demás. Sin embargo, junto a esta relación negativa, respecto de determinadas personas —aquellas que desempeñan roles especiales— existe además una relación positiva: algunos deben ayudar también cuando el riesgo que amenaza no ha sido causado por ellos, es decir, que tienen el deber de aportar su cuidado solidario a otras personas; cabe mencionar a los padres en relación con sus hijos, a la policía en relación con los ciudadanos, el servicio público de salud, el juez en su actividad de dirimir contenciosos; y cabría mencionar otros más. Cuando tales portadores de un rol especial infringen su deber —los padres permiten el deterioro espiritual de su hijos, la policía no evita la comisión de delitos, el médico abandona a su paciente en su dolencia, el juez se deja sobornar—, posiblemente resulten lesionados también bienes jurídicos, pero no es ésta la gracia del asunto. Por el contrario, lo que sucede es que el autor no detiene un curso dañino puesto en marcha por un tercero o por la naturaleza: una institución que debería realizar una prestación de apoyo solidario se ha negado a ello, o, dicho de otro modo, se trata de que un bien que estaba por constituir no es constituido —es decir, no se crea la salud de un hijo, la salud, la imposición del ordenamiento jurídico—;

en breves palabras: se trata de la denegación de un apoyo solidario. El término "lesión de un bien jurídico" sólo describe de modo muy incompleto esa situación, y también se percibe cómo cabe aprehender mejor el asunto: como infracción de un rol, como infracción de deber, y con ello se percibe qué es lo que protege el Derecho Penal en un sentido global: no bienes, sino la vigencia de la norma.

Esto es así porque la sociedad no consiste sólo en sujetos que acumulan bienes, sino que conoce instituciones positivas, que obligan a prestar apoyo, y en una sociedad desarrollada, estas instituciones positivas configuran la estructura de la sociedad del mismo modo que lo hace la prohibición de lesionar bienes ajenos. En todo caso, "protección de bienes jurídicos" no puede ser el supraconcepto de lo que el Derecho Penal persigue; este concepto, por lo tanto, es al menos insuficiente en el plano *teórico*, sin afirmar con esta crítica que el concepto de bien jurídico no pueda plasmar en determinados ámbitos —pero eso sí, sólo sectorialmente— la estructura de la sociedad.

C) Comportamiento no permitido

Sin embargo, incluso esa imagen de determinados sectores resulta poco exacta. Desde los años treinta del siglo pasado es sabido que los bienes no están para ser administrados a modo de museo, sino para hacer uso de ellos en la vida diaria (WELZEL, ZStW 58, pág. 491 y sigs., 516). Dicho de nuevo a través de un ejemplo: también la conducción correcta de un automóvil pone en riesgo la vida y la integridad física de los ocupantes y de los peatones, y a pesar de ello está permitida. ¿Cómo cuadra esto con la tesis de la protección de bienes jurídicos? La dogmática moderna, comenzando con el delito imprudente, y habiendo llegado entre tanto a aprehender el delito doloso, ha elaborado la teoría del comportamiento no permitido, que también se denomina (junto con la teoría de la imputación del resultado) "teoría de la imputación objetiva". Su punto de partida es la reflexión de que "lesionar" es algo distinto de "causar de cualquier modo una lesión", o dicho con mayor exactitud: que no cualquier causación de una lesión significa "lesionar"; en este

sentido, por permanecer en el ámbito del último ejemplo, una conducción correcta puede causar una lesión, pero no significa "lesionar".

El asunto, desde luego, está en relación con la conexión entre el hecho en cuanto afirmación y la pena en cuanto respuesta que se ha mencionado al principio de este texto, es decir, con la interpretación de la secuencia de hecho y pena como interacción simbólica. El significado de los símbolos ni es generado por la naturaleza —es decir, tampoco *per se* por los efectos causales de un comportamiento—, ni por el arbitrio de los diversos intervinientes, sino que es un producto de la comunicación social. De nuevo, un ejemplo: quien intenta matar a su vecino a través de medios mágicos, para sí mismo actúa matando, pero para los demás como un necio, y quien conduce ebrio un automóvil, posiblemente piense para sí que ello es inocuo, pero la sociedad lo entiende como peligroso. Por lo tanto, hay que elaborar el significado social, y, en ese sentido, objetivo del comportamiento del autor, desde el siguiente punto de partida: cuando un curso lesivo es causado o no es evitado por varias personas, existe la posibilidad de llevar a cabo varias atribuciones de competencia respecto de ese curso. Dejando de lado la posibilidad que lo sucedido incumba cumulativamente a todas o varias de las personas, puede tratarse de los siguientes repartos, que se esbozan a continuación con toda brevedad:

En primer lugar, puede suceder que sea una sola persona la única que ha creado un *riesgo no permitido*, mientras que todos los demás han permanecido dentro del marco de sus respectivos roles; en tal caso, la competencia es exclusivamente de esa persona. Ejemplo: al no respetar una persona el derecho de paso preferente de los demás, se produce un accidente de circulación en el que resulta lesionada otra persona, que a su vez conducía de modo correcto. — En segundo lugar, no es tan infrecuente que una persona no respete la preferencia de otra, ¿no debería, entonces, contar la víctima a su vez con que suceda algo así? No tiene obligación de hacerlo; pues mientras no haya indicios específicos de lo contrario, puede lícitamente confiar en que todos cumplirán con sus deberes: *principio de confianza*. — En tercer lugar, desde luego que es posible que una víctima actúe en contra de sus

propios intereses, es decir, *a riesgo propio*. También aquí, un ejemplo: mi vecino, como siempre, algo nervioso, me pide prestada un hacha, de cuya hoja especialmente afilada le aviso; hace un uso descuidado del objeto y se lesiona, como había previsto. — En cuarto y último lugar, puede ocurrir que una persona lleve a cabo una prestación estereotipadamente inocua, que después, sin embargo —y como cabía esperar— es usada por otra persona para fines delictivos. Como ejemplo puede servir el caso en el que, en un local de excursión, el encargado sirve a uno de los clientes, que ha llegado en coche, una cantidad considerable de alcohol; el cliente después se sienta al volante y causa un accidente. Este accidente es obra del cliente, y respecto del encargado existe una *prohibición de regreso*, puesto que el alcohol es una sustancia ubicuamente accesible, por lo que la persona que la consume, en la medida en que sea imputable, debe ocuparse ella misma que el consumo no genere consecuencias lesivas.

Si no hay nadie competente, el daño es asunto de la víctima, y ello no porque haya que constatar un fallo en la organización (en tal caso, estaríamos ante un actuar a riesgo propio, ya mencionado), sino en el sentido del antiguo principio *casum sentit dominus*. — Si una persona es competente, porque no concurre un supuesto del principio de confianza, la víctima no ha actuado a su propio riesgo, no interviene una prohibición de regreso, sino que lo que sucede es que se superó el riesgo permitido, entonces el comportamiento de la persona significa, de acuerdo con la semántica social, "lesionar"; si la víctima actúa a riesgo propio, su conducta significa "lesionarse a sí mismo", de modo que el comportamiento de los demás —en la medida en que quede excluida una competencia cumulativa—, precisamente, no significa "lesionar", etc.

En consecuencia, las competencias no se ordenan sobre la base de bienes, sino a través de roles, es decir, a través de relaciones entre personas (aunque éstas, desde luego, sectorialmente puedan aparecer también como titulares de bienes), o, dicho en otras palabras, a través de determinadas expectativas normativas, es decir, a través de normas que no son, a su vez, bienes de personas individuales. Un orden social sólo puede representarse como

orden de bienes en ámbitos muy restringidos, por el contrario, con carácter general —*e incluyendo aquellos ámbitos*—, se trata de un orden entre personas, en el que el bien, en parte, es decir, en los deberes positivos, es de una relevancia en todo caso secundaria. El Derecho Penal protege la vigencia de la norma, y sólo de modo mediato y parcial también bienes.

D) Dogmática y política jurídica

Frente a esta afirmación, los representantes de la tesis de la protección de bienes jurídicos objetan que esta tesis se mantiene en un plano formal en lo que se refiere a la norma, privándose así de toda potencia crítica, especialmente en relación con los delitos de peligro abstracto, infracciones cuya presencia se incrementa progresivamente probablemente en todos los ordenamientos jurídicos evolucionados y que son típicas de un Derecho Penal intervencionista. — Esta objeción es sorprendente; pues si se pretende que lo decisivo sea la protección de bienes jurídicos, no hay nada más efectivo que intervenir en cuanto antes. Precisamente los delitos de peligro abstracto pueden ser vinculados a la idea de la protección de bienes jurídicos; piénsese en la prohibición de conducir un vehículo de motor en estado de ebriedad — esta prohibición protege la vida, la integridad física y la propiedad.

Hay más. En una sociedad de libertades, que hace posibles los contactos anónimos, el legislador no puede prescribir a los ciudadanos todos los movimientos —pues entonces, la sociedad ni sería de libertades ni haría posibles los contactos anónimos—, sino que sólo puede marcarles un objetivo a alcanzar (por ejemplo: no hacer nada que signifique "matar"), permitiendo, por lo demás, que busquen y transiten de modo descentralizado los caminos que conducen al objetivo, en breve: permitiéndoles que administren descentralizadamente la obtención de los fines. Ahora bien, *individualmente* los ciudadanos tienen representaciones muy divergentes acerca del significado de su conducta; así, por ejemplo, para un joven temerario, una determinada velocidad en el tráfico viario es aún plenamente "normal", mientras que una persona consciente de los riesgos la calificará como claramente "tendente a producir accidentes", es decir, como "generadora de lesiones". En

una sociedad anónima —piénsese en el tráfico rodado— es imposible conocer la valoración individual del riesgo por parte de los sujetos que se van encontrando y adaptarse a ella. Dicho en un ejemplo: nadie puede saber con qué nivel de alcoholemia un automovilista que se aproxima se considera individualmente como aún en condiciones de manejar el vehículo. Partiendo de esta situación, el legislador debe ocuparse de que todas las personas partan de la visión del riesgo *socialmente* válida, y precisamente esto es lo que tiene lugar a través de la prohibición de puestas en peligro abstractas, por ejemplo, mediante la prohibición de conducir un vehículo de motor en un determinado estado de embriaguez, o las prohibiciones de prender fuego a una casa habitada o de prestar falso testimonio ante un tribunal.

Por otra parte, no es erróneo ubicar esas prohibiciones de puesta en peligro en el ámbito del *Derecho Penal Criminal*, siempre que tengan un peso considerable; pues los bienes —en la medida que se trate de éstos— sólo son "buenos" cuando existe cierta seguridad cognitiva. Con base en esa relación, en la bibliografía de lengua alemana esta seguridad necesaria ha sido calificada, a su vez, como bien: un desvío superfluo, aunque no perjudique al resultado final que se alcanza; pues materialmente se trata de la determinación de aquellas normas que constituyen la estructura irrenunciable de la sociedad. En todo caso, este desvío muestra muy bien la arbitrariedad de la tesis de la protección de bienes jurídicos: cualquier estado deseado puede ser proclamado bien jurídico.

Junto con el patrón, acabado de destacar, de la prohibición de puestas en riesgo abstractas existen otros patrones, especialmente la prohibición de producir material delictivo típico, como, por ejemplo, armas, moneda falsa, pasaportes falsos, drogas, etc. No podemos seguir aquí en este análisis. En todo caso parece palmario que, en esta medida, incluso a ojos muy críticos algunas prohibiciones parecerán perfectamente legitimables, incluso, como completamente imprescindibles; pues sin seguridad cognitiva en los ámbitos esbozados, difícilmente cabe imaginar una sociedad ordenada. No se puede prescindir de los delitos de peligro abstracto.

Cuando los representantes de la tesis de la protección de bienes jurídicos optan por un Derecho Penal de determinada configuración, es decir, por un Derecho Penal restrictivo, ello constituye una opción de *política* jurídica, que puede perfectamente compartir un representante de la tesis de que lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma. Además, la concepción de la protección de bienes jurídicos de ningún modo es sólo restrictiva. En ciertos rumbos políticos, tal concepción puede inundarlo todo: se puede proclamar como bien jurídico también el mantenimiento de un determinado partido político, o la pureza de una raza humana, u otros objetos, como sucedió *de facto* en la Alemania de la época nacionalsocialista. La defensa frente a tales degeneraciones es, igualmente, una tarea *política*; en todo caso, no es un cometido puramente dogmático. Por consiguiente, respecto de la tesis de la protección de bienes jurídicos rige lo mismo que rige para la tesis de la protección de bienes jurídicos: ambas concepciones sólo son tan legítimas como lo sea el estadio de evolución de la sociedad cuyo Derecho retratan. Sin embargo, la tesis de la protección de las normas retrata al Derecho con mayor exactitud, al superar la idea de la posesión de bienes, tomando como punto de referencia la relación entre personas.

IV. Resumen

A) Generalidades

Si, después de estas reflexiones acerca del objeto de protección del Derecho Penal, se vuelve la mirada sobre las consideraciones respecto de los fines de la pena en sentido estricto, se muestra una imagen homogénea: la pena mantiene la estructura normativa de la sociedad, y esta estructura no existe entre bienes, sino entre personas, aunque éstas parcialmente —pero sólo parcialmente— desempeñen el papel de titulares de bienes; desde una perspectiva global, sin embargo, las personas deben concebirse como titulares de derechos y deberes. El contenido de los derechos y deberes se rige, aun en la medida en que se refiere a bienes, por la semántica de la sociedad; es ésta la que determina lo que significa "lesionar", sin que para ello se deje guiar exclusivamente por las condiciones de la salvaguarda de los bienes: un

discurso de bienes jurídicos renunciando a mencionar las reglas de determinación del comportamiento permitido y no permitido, así como de la diferenciación entre deberes positivos y negativos, sencillamente carece de valor.

La relación personal se mantiene también en la punición: el hecho se concibe como aportación comunicativa de un autor competente, y la pena, como contradicción de esa afirmación. El dolor penal equilibra aquel daño que el autor ha producido de modo imputable en la base cognitiva de la expectativa normativa que ha sido lesionada; por lo tanto, la ejecución de la pena así determinada supone hacer efectivo un derecho, y no una despersonalización del autor.

B) Detalles

1. a) El significado puramente jurídico de la pena es la contradicción contra la infracción de la norma (II. A.).

   b) El bienestar de las personas se ve lesionado por el hecho en la medida en que el autor pone en riesgo el aseguramiento cognitivo, que también en el ámbito de las expectativas normativas siempre resulta necesario. Para resarcir ese daño, al autor se le impone un dolor, de modo que el hecho se entiende de modo generalizado como alternativa de conducta que no merece ser tomada en consideración — prevención general positiva (II. B.).

   c) La intimidación de otros sujetos inclinados a cometer el hecho (prevención general negativa) y el aseguramiento del autor (prevención especial) despersonalizan a éste (II. C.).

2. a) Los bienes jurídicos sólo pueden representarse como relaciones entre personas, pero esta proposición no es susceptible de ser formulada a la inversa: en el marco de estas relaciones, no siempre se trata de bienes (III. A.).

   b) En el ámbito de la garantía de deberes positivos, se pretende que se realicen determinadas instituciones; en todo caso, de modo mediato, a través de ello también que se mantengan determinados bienes (III. B.).

c) Un comportamiento que lesiona bienes y un comportamiento no permitido no son lo mismo, y con ello los bienes pasan definitivamente a un segundo plano, detrás de las relaciones entre personas (III. C.).

d) En una sociedad de libertades y que además hace posibles los contactos anónimos, no puede renunciarse a los delitos de peligro abstracto. Esto puede formularse en el sentido de que la seguridad es, a su vez, un bien jurídico; ahora bien, con ello se ha demostrado la arbitrariedad de la tesis de la protección de bienes jurídicos. Contra los excesos, hoy habituales, en el ámbito de las prohibiciones de puestas en riesgo de carácter abstracto, también los representantes de la tesis de la protección de bienes jurídicos sólo disponen de argumentos jurídico-políticos, pero no de argumentos jurídico-dogmáticos o teórico-jurídicos (III. D.).

V. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA

Respecto de la parte II.: en cuanto a la prevención general positiva, vid. las contribuciones en SCHÜNEMANN *et al.*, *Positive Generalprävention*, 1988; JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1995, 1/4 y sigs., respectivamente, con referencias; sobre el significado de la pena en el plano del Derecho abstracto JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 2a. edición, 1999, pág. 98 y sigs. — En la parte II. del presente texto, ambas líneas de reflexión se unen por primera vez. — Respecto de la despersonalización JAKOBS, en: COURAKIS (ed.), *Festschrift für Dinysios Spinellis*, Atenas, 2001, tomo 2, págs. 447 y sigs.

Respecto de la parte III.: JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Mendoza, 2000; *Idem*; *Derecho Penal*, *op. cit.*, 2/1 y sigs., 7 y sigs., respectivamente, con ulteriores referencias.

ACTUAR Y OMITIR[*]

Günther JAKOBS

SUMARIO: COMENTARIO PREVIO; PRIMERA PARTE. DEBERES NEGATIVOS; A) Equivalencia de actuar y omitir; B) El deber de aseguramiento en el tráfico jurídico como caso básico; *1. Fundamentación del deber; 2. En particular: el deber se aseguramiento en el tráfico jurídico como mandato;* C) En particular: la asunción voluntaria; D) En particular: injerencia; *1. Fundamento; 2. Cuestiones particulares*; SEGUNDA PARTE. DEBERES POSITIVOS; A) Dependencia cultural; B) El Estado y los funcionarios estatales; C) Paternidad; D) ¿Matrimonio?; E) Otros supuestos de confianza especial; F) Delito de deber; RESUMEN; OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA.

COMENTARIO PREVIO

La configuración de la sociedad es construída mediante instituciones, es decir, como formularé de modo genérico, a través de contextos normativos consolidados, entre los cuales aquí son de interés los contextos *jurídicos*, y, dentro de éstos, aquellos dos en los que queda condensada el conjunto de la imputación jurídico-penal: por un lado, aquel contexto de acuerdo con el cual el Derecho *general* a una organización libre se corresponde con el deber de no lesionar a otros en el curso de tal organización, y, por otro lado, el contexto entre un *status especial* y deberes (y derechos) especiales. Ambas situaciones serán objeto de una exhaustiva explicación.

Ahora interesa con carácter previo que la institución mencionada en primer lugar genera los deberes habitualmente denominados *negativos*: deberes de no lesionar, por ello, "negativos". La segunda institución genera

* Título alemán: *Tun und Unterlassen* (manuscrito). Traducción al español de Manuel CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid).

además deberes *positivos*, es decir, deberes de auxilio solidario. Un ejemplo de deber negativo está en la prohibición general de lesionar a otras personas, un ejemplo de un deber positivo en el mandato dirigido a los padres de evitar que su hijo sufra daños.

En primer lugar, abordaré en la primera parte, más extensa, los deberes negativos, es decir, aquéllos de no lesionar, y, a continuación, de modo más breve en la segunda parte los deberes positivos de llevar a cabo una conducta solidaria.

PRIMERA PARTE. DEBERES NEGATIVOS

A) Equivalencia de actuar y omitir

La tradición no nos dice a qué dedicaban Adán y Eva en el paraíso aquella parte de su tiempo que no consumieran alabando, en su caso, a Dios; sí sabemos, en cambio, lo que les esperaba en este ámbito después de su expulsión y desde entonces es destino de todo ser humano: esfuerzo y trabajo, o, como dice el Génesis, ganar el pan con el sudor de su frente, es decir, llevar a cabo una actividad con esfuerzo, pues no se suda de no hacer nada.

Ahora bien, el pan diario, o, dicho de modo más general, el bienestar no se procura mediante un permanente actuar —eso no sería más que hacer ciegamente cosas por hacer algo—, sino con una organización ordenada, y ésta, a medio o largo plazo, siempre se compone de una mezcla de actuar y omitir: hay algunas acciones que deben ser ejecutadas y determinadas otras que precisamente no deben ser realizadas. Dicho a modo de ejemplo: quien quiere sembrar en primavera, debe separar simiente en el otoño previo y no debe comérsela en invierno aunque el alimento sea escaso y por ello la tentación de consumirla es grande. Para llevar el asunto al mundo jurídico, imagínese que el legislador de un país ha establecido todo lo necesario para la siguiente siembra. Desde el punto de vista de la lógica de las normas, se trata entonces, por un lado, del *mandato* de separar de la cosecha la simiente; este mandato es cumplido me de no lesionar, por ello, "negativos". La segunda institución genera además deberes *positivos*, es decir, deberes de auxilio so-

lidario. Un ejemplo de deber negativo está en la prohibición general de lesionar a otras personas, un ejemplo diante determinadas acciones, es decir, la separación, y se infringe cuando se omiten tales actos. Por otro lado, se promulga una *prohibición*, concretamente, de comer la simiente, y esta prohibición es cumplida mediante una omisión, es decir, la omisión de comer, y es infringida por un determinado actuar, es decir, por el consumo.

En el ejemplo, se han seleccionado un solo mandato y una sola prohibición; es fácil mencionar algunos más, como por ejemplo, los mandatos de almacenar la simiente de modo adecuado, o de evitar que accedan a ella ratones y ratas, etc., o las prohibiciones de vender la simiente, o alimentar con ella a los animales, etc. Los mandatos se infringen no ejecutando las acciones mandadas (la simiente no es almacenada de modo adecuado, no se expulsa a los animales nocivos) —en cada caso, un delito de omisión— y las prohibiciones, llevando a cabo precisamente las acciones que no deben ser (la simiente es vendida o usada para alimentar los animales) — en cada caso, un delito de comisión.

No sólo esta transición entre actuar y omitir, sino también el carácter intercambiable, la equivalencia de ambas modalidades de conducta, pueden ser representadas fácilmente en el ejemplo del conductor de un automóvil: cuando, circulando el vehículo a alta velocidad, aparece repentinamente un obstáculo, la norma le *manda* frenar o esquivar el obstáculo, e incluso en caso de estar despejada la vía, le *prohíbe* acelerar el automóvil por encima de la velocidad máxima permitida. En este contexto, en el caso concreto, a su vez puede depender del equipamiento técnico que se trate de un *mandato* o de una *prohibición*; así, por ejemplo, si una señal de tráfico ordena una reducción de la velocidad, le está *prohibido* al conductor acelerar su vehículo; si, sin embargo, éste cuenta con un mecanismo automático de mantenimiento de una determinada velocidad, existirá el *mandato* de reducir el valor alto indicado previamente al mecanismo de control de la velocidad.

La equivalencia entre actuar y omitir acabada de esbozar no sólo existe, como es evidente, en la organización de fines socialmente útiles, sino también en la de fines socialmente lesivos, en particular, de infracciones

criminales. Para mostrar esto, cabe recurrir al ejemplo mencionado en último lugar: si el automovilista, que se aproxima a gran velocidad, reconoce a su enemigo en un peatón que cruza la calle, por ello, no frena su coche y produce así la muerte del peatón, se trata de un homicidio por omisión; si, por el contrario, el vehículo ya está perdiendo velocidad cuando el conductor reconoce a su enemigo, y aquél acelera para alcanzar aún a éste, concurrirá un homicidio por medio de un actuar. Más importante que esta distinción entre actuar y omitir es lo que ambas modalidades de conducta tienen en común: ambas son una organización del autor.

De acuerdo con lo expuesto, sería evidentemente erróneo considerar que la responsabilidad jurídico-penal por un actuar es la forma primaria de responsabilidad e intentar inferir la responsabilidad por omisión de la primera, de modo más o menos tortuoso (aunque esto se intenta con frecuencia). Ciertamente, en un sentido externo, prácticamente cualquier empresa ha de comenzar con un actuar; primero hay que adquirir y domar a los animales, las máquinas primero han de ser construidas y puestas en marcha, las instalaciones industriales han de establecerse y activarse antes de que esas cosas e instalaciones puedan trabajar para uno, pudiendo omitir actos propios. Pero desde el punto de vista jurídico, no es decisivo qué es lo que fácticamente suele estar al comienzo de una actividad, sino aquello que mantenga una relación de equivalencia funcional, y lo cierto es que depende del estado de la organización de una persona —de un estado que es casual— que ésta deba intervenir actuando o que sólo deba esperar para configurar una organización que persigue un determinado objetivo.

B) El deber de aseguramiento en el tráfico jurídico como caso básico

1. Fundamentación del deber

Para llevar a cabo una exposición más exacta, es necesario determinar cuándo y en qué medida una persona es responsable de las modificaciones en el mundo hechas (actuar) o toleradas (omitir) por ella. La persona debe concebirse como titular de derechos y deberes, y en lo que se refiere a los derechos, llegan desde la propiedad sobre uno mismo, es decir, de alma y cuerpo,

pasando por otros derechos absolutos (y esto significa: susceptibles de ser defendidos en legítima defensa), como, por ejemplo, el derecho a tener trato con los hijos propios o el derecho al uso del dominio público. Todos y cada uno de los derechos tiene un alcance determinado, delimitado por el hecho de que las demás personas tienen derechos. Dicho a modo de ejemplo: aunque tenga derecho a proceder a mi arbitrio con mi patrimonio, no lo puedo usar para destruir la propiedad de otras personas. — La suma del alcance respectivo de todos los derechos constituye el ámbito de organización jurídicamente garantizado de una persona; por lo tanto, este ámbito es mucho más que el mero alcance de la actividad corporal, sino que, por el contrario, se extiende a todo aquel campo en el que la persona puede lícitamente excluir a otras personas, es decir, que abarca también el conjunto de la propiedad sobre muebles e inmuebles, y ello incluso aunque no exista un uso actual.

Mientras una persona se mueva dentro del ámbito de organización que le corresponde, desde el punto de vista jurídico, todo está en orden. Sin embargo, puede suceder que una persona haga uso de ese potencial que le corresponde para irrumpir en un ámbito de organización ajeno, es decir, para usurparlo; dicho con un ejemplo: la mano de una persona, es decir, su propiedad, ahoga a otra persona, o clava un puñal en su pecho, o la persona azuza a un perro contra otra persona, etc. En tales casos, la persona hace uso de su cuerpo —su propiedad— de un modo ya no permitido en detrimento de otros, y la otra persona puede lícitamente repeler tal uso —dependiendo del contexto— conforme a las reglas de la legítima defensa o del estado de necesidad defensivo, aunque sólo cuando exista una amenaza actual que se cierna sobre ella, y en algunos casos en ese momento ya es demasiado tarde, y quizás, de todos modos, la persona es demasiado débil. *Antes* de que exista una amenaza actual, la víctima potencial ni debe ni puede dirigir, ni siquiera vigilar, lo que el autor emprenda. Pues mientras el autor no lleve su actividad fuera de su ámbito de organización, puede lícitamente excluir a todos los demás de la administración de sus derechos. Debido a esta libertad del potencial autor a administrar sus derechos de modo autónomo, libre de obstáculos y supervisión, la víctima potencial queda excluida de toda influencia en aquel sector del mundo, incluso de toda toma de conoci-

miento, de mero control, del estado de cosas en su organización. Dicho de otro modo: en una primera fase, la potencial víctima no tiene derecho a hacer nada, y, además, en la mayoría de los casos, no sabrá lo suficiente para poder hacer algo, y en el momento en el que sepa lo suficiente y tenga derecho a defenderse, como antes se ha dicho, quizás la defensa ya no sea posible, o quizás la víctima no esté de por sí en condiciones de repeler la intromisión.

En correspondencia con esta exclusión de los demás de la administración de los derechos de un potencial autor, a éste se le impone la responsabilidad por su autoadministración: *la responsabilidad por las consecuencias es condición de la libertad de comportamiento.* Ésta es la razón de la existencia de responsabilidad tanto por un hacer como por un omitir en el ámbito de los deberes negativos.

En lo que se refiere a un delito de comisión, ello significa que mientras que una persona organice libremente su cuerpo, es decir, no sea violada, será garante de que su mano no ahogue a otro o apriete el gatillo de una pistola o incendie la casa del vecino, etc. Por lo tanto, también el autor por comisión infringe un deber de garante; lo que sucede es que esa constatación por regla general (aunque no siempre) es tan trivial que resulta superfluo realizar un ulterior análisis: ¿quién iba a responder de "manos y pies", si no su titular, mientras pueda organizar con libertad? Dicho de otra manera, la responsabilidad por un actuar, por comisión, no es otra cosa que una responsabilidad por la infracción del deber de aseguramiento en el tráfico de la persona respecto de sus movimientos corporales, y ello en un doble sentido: no sólo está prohibida la ejecución de aquellas acciones que desde un principio son susceptibles de ser identificadas como lesivas, por ejemplo, una cuchillada en el tórax, sino que también debe interrumpirse un movimiento que, pareciendo inicialmente inocuo, más tarde sí demuestra ser lesivo; en este sentido, ha de omitirse el disparo a la diana cuando una persona entra en el campo de tiro.

2. *En particular: el deber de aseguramiento en el tráfico jurídico como mandato*

La conclusión alcanzada es susceptible de ser trasladada, sin fractura alguna, al ámbito de la omisión: un ámbito de organización por regla general no sólo está compuesto por un cuerpo animado, sino que de él forman parte ulteriores propiedades, como, por ejemplo, una casa, un automóvil, una empresa, etc., y respecto de todo ello existe —por esta misma razón— un deber de aseguramiento. Por ello, debe evitarse la existencia de un *output* lesivo del ámbito de organización —debe ordenarse al perro de uno que se detenga cuando amenaza con morder a otros—, y un estado de organización inicialmente inocuo deberá modificarse cuando resulte que podría producir lesiones: hay que detener el automóvil en movimiento cuando un peatón invade la calzada. Al igual que la responsabilidad por un actuar lesivo, esta responsabilidad por vulneración del deber de aseguramiento en el tráfico es común probablemente en cualquier ordenamiento jurídico con cierto grado de desarrollo, comenzando por la responsabilidad de aquel que no fija de modo adecuado las tejas de su casa, de modo que los peatones que pasan al lado de ésta pueden sufrir un daño al caer las tejas, pasando por la responsabilidad del propietario de animales peligrosos que no los encierra, y llegando hasta la responsabilidad del empresario que no impide la distribución de productos lesivos. — Esto no significa que una persona tenga el deber de impedir siempre y en todo caso que su ámbito de responsabilidad cause una lesión; pues no toda relación causal es causalidad imputable; en particular, es lícito crear un riesgo permitido, o es posible que la víctima actúe a su propio riesgo, etc. Dicho con un ejemplo: cuando mi vecino saca de mi cobertizo, que no está cerrado, una máquina de jardinería que genera cierto riesgo, pero es de uso común, la manipula y se lesiona, ello es asunto *suyo*; mi organización se mantiene en el marco de lo permitido. No es posible tratar la cuestión acerca de cuál es el punto exacto por el que discurre el límite de lo permitido y dónde comienzan los deberes de aseguramiento en el tráfico; en todo caso, tal límite es idéntico en la comisión y en la omisión.

Como se acaba de exponer, estos deberes de aseguramiento en el tráfico existen porque la persona es titular de un ámbito de organización, excluyendo por ello a todas las demás personas de la administración de esa parte del mundo: partiendo de tal situación, sólo ella misma puede ser responsable de que la organización sea la correcta. Ahora bien, un deber de aseguramiento en el tráfico no sólo puede hallarse vinculado a la mera *titularidad* respecto de un ámbito de organización, sino también puede anudarse a un específico *comportamiento de organización*, a través del cual se anulan los dispositivos de protección de otro ámbito de organización; en tal caso, ha de sustituirse la protección anulada de modo equivalente. En este caso, no se trata de un fundamento genuinamente nuevo para la responsabilidad, sino de una variante meramente fenotípica, que es corriente en dos configuraciones: por un lado, la sustitución de un mecanismo de protección primario, que el otro abandona de modo consensuado —se habla de asunción voluntaria—, y, por otro, la imposición de la privación de la protección primaria – se habla de la *injerencia* (en latín: *ingerere*, entrometerese, imponer algo).

C) En particular: la asunción voluntaria

En lo que se refiere, en primer lugar, a la asunción, la responsabilidad de quien asume la garantía es consecuencia de una disminución —determinada cognitivamente— de las posibilidades de supervivencia de la víctima potencial. Ejemplos: la niñera promete a los padres cuidar su hijo mientras ellos van a la ópera. — Un peatón ofrece su brazo a una persona invidente y la conduce, fuera de la seguridad que la acera ofrece, al centro de la calzada, en la que hay abundante tráfico. — Después de un accidente, alguien convence a una persona que se dispone a procurar medios de rescate de que desista de su empeño, prometiendo que él los obtendrá en su lugar. En todos estos casos se neutraliza una oportunidad efectiva de salvamento, y esta pérdida debe ser compensada por una sustitución equivalente. — Para ello, no es decisivo que la protección originaria hubiera sido prestada por un garante, o por una persona a la que no alcanza el deber de garantía, o incluso por un curso natural; por el contrario, lo único decisivo es la efectividad previsible de esa protección originaria. Por lo tanto, si en el ejemplo de la inte-

rrupción de una medida de salvamento, el sujeto que inicialmente estaba dispuesto a prestarla hubiera conseguido previsiblemente un auxilio efectivo, quien le convence de que desista de su propósito debe intentar conseguirlo, hasta que se haya prestado una ayuda efectiva. Si el «salvador» al que se sustituye está completamente agotado y habría sido incapaz de hacer algo, quien ocupa su lugar *per se* no tiene que obtener ningún resultado positivo, ya que no ha eliminado una protección efectiva. — Tampoco es preciso que exista un contrato de asunción jurídico-civilmente válido; en muchos casos de asunción a título gratuito —como, por ejemplo, en el caso de quien guía a una persona desvalida por un terreno peligroso—, tal base contractual faltará por regla general. No es un contrato lo que fundamenta la responsabilidad, sino el hecho de que se provocó el abandono de un mecanismo de protección. Por consiguiente, la posición de garantía también puede ser adquirida por personas que, si bien ya son (parcialmente) imputables, aún no tienen capacidad para concluir contratos onerosos; en consecuencia, también el *boy scout* quinceañero que como buena obra del día ayuda a una persona desvalida a cruzar la calle adquiere la posición de garantía respecto de que no se realicen los riesgos del tráfico.

Como ya se expuso respecto de los deberes de aseguramiento en el tráfico de modo general, también en el caso de la asunción ha de decidirse si la dejación de la protección primaria debe quizás ser imputada a la propia víctima o a una tercera persona. Dicho a modo de ejemplo: si la mera presencia de una persona en determinado lugar genera la expectativa de que se ocupará de la protección, y ello es el motivo por el que se reducen los mecanismos de protección ya existentes, ello no conduce *per se* a que la persona en cuestión adquiera la condición de garante; pues no es posible imputarle la reducción de los niveles de protección a la persona en cuestión sólo con base en su presencia; la solución será distinta, desde luego, si la presencia debe entenderse como promesa concluyente de prestar ayuda. — Como antes se ha dicho, aquí no se indagará más en esta delimitación de ámbitos de responsabilidad.

Llegados a este punto, conviene dar una respuesta a la cuestión, que inmediatamente surge, de si también existe la asunción en el ámbito del hacer, es decir, una asunción que conduce no a que sean preceptivas determinadas medidas de salvamento, sino a que prohíban determinadas acciones. De acuerdo con la concepción aquí defendida, que, como se ha expuesto, se basa en la suposición de un pleno paralelismo entre actuar y omitir, la respuesta ha de ser afirmativa, y tampoco resulta difícil describir la situación paralela en la comisión: el responsable modifica un ámbito de organización ajeno mediante una promesa, de tal modo que a partir de ese momento debe renunciar a determinadas acciones, de por sí permitidas, si se quiere que el ámbito de organización ajeno siga incólume; dicho de otro modo: esas conductas pasan a ser prohibidas para él. Haciendo uso de un ejemplo, esto significa lo siguiente: quien en medio del frío invierno invita a un enfermo, sensible a las bajas temperaturas, a que abandone la caldeada habitación del hospital para visitar su vivienda, no debe ventilarla prolongadamente en ese momento (se trataría de lesiones, si no de homicidio), aunque tal conducta en sí, sin la presencia del enfermo, indudablemente sería lícita. O, en un ejemplo muy trivial: quien tiene huéspedes en su casa, no puede cerrar con llave su puerta después de la llegada de éstos (se trataría de una detención ilegal), aunque en otra situación tal conducta entra por completo en su albedrío, etc. Estas prohibiciones son tan evidentes que incluso resulta difícil arribar a la calificación de supuestos de asunción; pero no comete detención ilegal quien cierra la puerta de su casa sabiendo que en ella aún se encuentra un ladrón.

D) En particular: injerencia

1. Fundamento

Se abandona ahora el campo de la asunción —cabe esperar que haya quedado claro que supone una concreción del contenido del deber de aseguramiento en el tráfico—, y siguen algunas acotaciones respecto de la muy discutida institución jurídica de la injerencia. En lo que se refiere al ámbito nuclear, la discusión que se está desarrollando es, sencillamente, improcedente: al igual que es evidente que mediante los acuerdos, mediante una

asunción, puede quedar modificado el contexto en función del cual se determinan las prohibiciones y los mandatos, es evidente también que ese contexto puede ser cambiado mediante injerencias no anunciadas previamente —en ese sentido, sorpresivas— en el estado actual de una organización ajena. Se trata de meras variantes fenotípicas de un material genotípico idéntico. Dicho con un ejemplo drástico: quien lanza al aire a un niño pequeño ha de volver a asirlo cuando descienda, con independencia de cuál sea la razón por la que lo lanzó — en broma, sin mayor reflexión, como intento de homicidio. Esta decisión es de modo tan evidente correcta (y, en todo caso, está sometida a las mismas —casi inimaginables— excepciones) como lo es la afirmación de que quien lanza directamente al suelo al niño es un homicida.

Por consiguiente, no cabe formular dudas de principio frente a la posibilidad de inferir una posición de garantía de una conducta previa. Quien de modo imputable priva a una organización ajena de una protección frente a un daño o frente a un empeoramiento de las lesiones, debe sustituir el déficit de modo equivalente, y la única cuestión sobre la que merece la pena discutir es la siguiente: ¿en qué casos se ha debilitado la protección de modo imputable? Es imposible encontrar una respuesta a esta pregunta si se fija la mirada sólo en el ámbito de organización del potencial responsable a título de injerencia, o sólo en el de la potencial víctima, pues la fundamentación de una posición de garantía es la fundamentación de una relación jurídica entre dos ámbitos de organización, por lo que ambos deben ser examinados simultáneamente. Dicho de otro modo: es entre ambos como ha de determinarse cuál es competente.

2. *Cuestiones particulares*

Intentaré mostrar cuáles son las características de esa determinación recurriendo a algunos ejemplos extraídos de la amplia jurisprudencia existente al respecto: (1) un automovilista que conduce su vehículo correctamente colide con un peatón que invade ebrio la calzada. ¿Debe el automovilista impedir, bajo pena de homicidio en comisión por omisión, que la víctima se desangre? (BGH 25, pág. 218 y sigs.). (2) La víctima de una agresión ilegítima golpea al agresor en legítima defensa y percibe después que éste morirá si no recibe

ayuda. ¿Ha dado la acción de defensa lugar a un deber de auxilio? (BGH 23, pág. 327 y sigs.). (3) Los directivos de una empresa no retiran del mercado su producto —un spray para el tratamiento de artículos de cuero—, a pesar de que el uso masivo de la sustancia ha mostrado (en un primer momento, ello no era cognoscible) que éste puede generar lesiones en quienes la usen. ¿Lesiones en comisión por omisión? (BGH 37, pág. 106 y sigs.). (4) Dos personas acuerdan dar una paliza a determinada víctima, ejecutando su propósito; después, uno de ellos le produce ulteriores lesiones y finalmente mata a la víctima, lo que el otro sujeto no impide. ¿Complicidad por omisión en el homicidio? (BGH NStZ 1985, pág. 24).

La jurisprudencia más reciente, apoyándose en diversas voces de la bibliografía, intenta resolver la problemática mediante la fórmula de que concurriendo antijuridicidad del comportamiento previo, se genera un deber en virtud de injerencia. Con ello quiere decirse lo siguiente: si alguien penetra de modo antijurídico en el ámbito de organización de otro, debe revocar por completo esa usurpación de libertad ajena, y de acuerdo con esta tesis, ello significa que no sólo debe retirarse él, llevándose sus instrumentos (extraer el puñal de la herida), sino que también debe eliminar las modificaciones perniciosas en el ámbito de organización ajeno (detener la hemorragia), ya que tales modificaciones son obra de quien se ha comportado de modo antijurídico, es decir, que también son resultados de la usurpación. Dicho con un ejemplo: quien no tiene cuidado de su perro fiero, de modo que amenaza con morder a una persona, debe ordenarle que se detenga (deber de aseguramiento en el tráfico), y cuando el animal ha hundido sus colmillos en la pierna de la persona, debe conseguir que la suelte (deber en virtud de injerencia), así como ocuparse del tratamiento de la herida (igualmente, deber en virtud de injerencia). No se trata en absoluto de un deber de resarcir del daño ya producido, sino de evitación de ulteriores consecuencias; si bien ya el mero hecho de que una lesión perdure en el tiempo es una consecuencia ulterior.

La fórmula mencionada, de acuerdo con la cual el actuar previo ha de ser antijurídico, es demasiado estricta, y de hecho es mantenida por la juris-

prudencia sólo en el plano verbal. En el supuesto antes enunciado del spray protector de artículos de cuero (caso 3), el Tribunal Supremo Federal asumió que resultaba posible afirmar la concurrencia de una infracción de deber en el comportamiento previo (la distribución de los productos), ya que, de acuerdo con el Tribunal, tal conducta a la postre mostró ser lesiva. Sin embargo, partiendo de esta fundamentación, prácticamente cualquier comportamiento con efectos causales (y los demás carecen desde un principio de interés) podría desencadenar un deber en virtud de injerencia. En consecuencia, la única cuestión decisiva es si la conducta debe ser enjuiciada como antijurídica *en el momento en el que es realizada* en virtud de la peligrosidad que muestre ya en ese momento. Y en el caso de referencia, precisamente no era posible formular *ese* juicio de antijuridicidad. En el plano material, el Tribunal Supremo Federal trató la conducta de introducir nuevos productos como riesgo *especial*, un riesgo que el productor en su propio beneficio se arroga frente a los consumidores, y por ello tiene el deber —a pesar de actuar de modo lícito— de minimizar las consecuencias lesivas de su comportamiento. «Arrogación de un riesgo especial» es el concepto decisivo; la antijuridicidad de la conducta sólo es un subsupuesto — aunque sea significativo.

Por lo demás, la sentencia del caso del spray para cuero muestra con toda claridad que no es posible alcanzar la solución recurriendo exclusivamente a la idea de la relación jurídico-abstracta entre personas, sino que depende de la semántica de la sociedad en su evolución concreta. Muy probablemente, la sentencia hubiera ido en otra dirección si se hubiera dictado en 1950 (es del año 1990): en una sociedad que apuesta por el progreso técnico, los intereses de seguridad no tienen una jerarquía tan alta como en una sociedad saturada de productos técnicos.

Si se revisan sobre esta base las otras tres resoluciones citadas, se obtiene la siguiente imagen: en el caso del sujeto agredido que no se ocupa del agresor al que ha derribado lícitamente (caso 2), no basta con invocar el carácter lícito de la legítima defensa (y, de hecho, el Tribunal Supremo Federal no se contenta con ello); por el contrario, ha de considerarse además que el conflicto emana del agresor, es decir, que el agredido no se arroga frente a

él un riesgo especial. La situación es diversa en aquellas causas de justificación en las que la víctima de la intervención no es responsable de nada. Dicho con un ejemplo: quien extrae agua de la propiedad del vecino para extinguir un incendio, debe cerrar la llave de paso después, a pesar del carácter lícito de su conducta (se trata del llamado estado de necesidad agresivo, § 34 StGB, § 904 BGB), para impedir que se malgaste el agua o que ésta incluso pueda dañar la propiedad del vecino.

Tampoco en el caso de la colisión con un sujeto ebrio (caso 1) basta con alegar que la conducción del vehículo era correcta para descartar la injerencia. ¿Qué sucedería si hubiera explotado una cubierta —sin culpa alguna del conductor— y el vehículo hubiera arrollado a un peatón? Desde el punto de vista del Derecho Civil, el titular del vehículo estaría incurso en una responsabilidad por riesgo, cuya ejecución además es garantizada por un seguro obligatorio. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico ha procurado que el féretro de la víctima pueda y deba ser pagado por el titular del vehículo aunque no concurra culpa suya o del conductor. De ello cabe deducir que el ordenamiento jurídico trata (aún) el uso de un vehículo de motor como riesgo especial. En correspondencia con ello, el Tribunal Supremo Federal argumentó que quien conduce de modo correcto su vehículo en todo caso no adquiere obligaciones derivadas de injerencia frente a quien causó el accidente *negligentemente*. La negligencia pesa más que el riesgo derivado del vehículo, pero cuando sea este riesgo la única causa del accidente, probablemente la conducción correcta no excluya la existencia de un deber en virtud de injerencia. Por consiguiente, en el caso de la rueda que explota, el conductor deberá auxiliar al peatón bajo amenaza de la pena correspondiente a la comisión, a pesar de que la opinión probablemente mayoritaria en la bibliografía —obsesionada *exclusivamente* con la diferencia entre conducta lícita y antijurídica, en lugar de explorar *todas* las líneas de reflexión— se pronuncie en contra de la concurrencia de un deber derivado de injerencia en estas constelaciones de casos.

En lo que se refiere, finalmente, a la sentencia relativa al supuesto en el que el sujeto no evita un homicidio cometido por su compinche después

de unas lesiones en las que ha intervenido en régimen de coautoría (caso 4), existen dos razones (que el Tribunal, de hecho, menciona) para afirmar la existencia de responsabilidad a título de injerencia. En primer lugar, la lesión inicial disminuyó de modo antijurídico el potencial de defensa de la víctima, y esto compete a ambos coautores, también a aquel que después no mata activamente; y quien priva a la víctima de alternativas de autoprotección, ha de sustituirlas de modo equivalente. En segundo lugar, el actuar previo —las lesiones cometidas conjuntamente— en este supuesto era un comportamiento agresivo sin límites definidos: quien da rienda suelta a su agresividad conjuntamente con otros no puede estar seguro de cuándo tendrán «suficiente» los demás, es decir, que genera con el acuerdo previo el peligro de que la agresión vaya más allá. Esto es: al debilitamiento del potencial de defensa hay que sumarle el espoleamiento de tendencias agresivas.

La idea ya antes esbozada al hilo del tratamiento del caso del spray para artículos de cuero, es decir, la consideración de que no es sólo la juridicidad abstracta a la que hay que recurrir para hallar las líneas básicas de decisión, sino que es también decisiva la concreta configuración de la sociedad, se manifiesta, entre otras cosas, en el hecho de que algunos ámbitos que antiguamente eran centrales para la jurisprudencia ya no producen problemas de injerencia. A modo de ejemplo cabe mencionar el problema de la complicidad por omisión en un falso testimonio, una cuestión específica de los procesos de divorcio de acuerdo con la anterior legislación [en la que en los divorcios había que identificar una parte «culpable» de la disolución del vínculo, con las correspondientes consecuencias (n. del t.)]: una parte procesal niega, faltando a la verdad, que haya cometido adulterio con un tercero, y no impide —una vez citado ese tercero a declarar como testigo— que éste cometa falso testimonio en su deposición (cfr. BGH 17, pág. 321 y sigs.). Mientras el adulterio se concebía como un hecho dirigido contra una institución decisiva del mundo civil, por lo que debía permanecer oculto, daba lugar a una existencia mendaz en su raíz, con la consecuencia de que ambos integrantes de la pareja adúltera adquirían competencia también por las mentiras del otro, puesto que entraron *conjuntamente* en el mundo de mentiras. Desde que el matrimonio se practica como relación susceptible de

rescisión unilateral, este vínculo está ausente, de modo que la pareja fuera del matrimonio puede ser la única responsable de su declaración en juicio. De este modo, la injerencia revela ser —al igual que en el supuesto de la responsabilidad por el producto (habría que mencionar otros ejemplos, como el suministro de alcohol a personas adultas, un acto hoy ampliamente entendido como socialmente adecuado)— un sismógrafo de las condiciones de subsistencia de la sociedad, sean reales o imaginarias.

Para concluir las consideraciones sobre este punto ha de anotarse que en el ámbito de la comisión existen configuraciones de casos que son plenamente equivalentes a la injerencia. En lugar de exponer reflexiones abstractas, mencionaré en este contexto tan sólo un ejemplo: a quien ha lesionado a otra persona (injerencia) le está *prohibido* impedirle a la persona lesionada hacer uso de su teléfono (del agresor), si éste es el único medio para solicitar auxilio urgente. Por lo tanto, una vez más la diferencia entre actuar y omitir muestra ser meramente relativa a la técnica de organización.

SEGUNDA PARTE. DEBERES POSITIVOS

A) Dependencia cultural

En una sociedad artificial de carácter extremadamente liberal podría bastar con cumplir el deber de mantener la organización propia en un estado tal que no derive de ella un *output* lesivo, y, en caso de que ello haya sucedido a pesar de todo, con el cumplimiento del deber de revocar la usurpación de la libertad ajena, es decir, podría ser suficiente con el exclusivo respeto a los deberes negativos. Pero esto no resulta bastante en una sociedad realmente existente que haya alcanzado cierto grado de desarrollo: ciertamente, los deberes negativos son la base de todo orden social, pero precisamente: sólo la base. Sobre ésta se levanta el edificio de los deberes positivos (que vuelve a generar todos los deberes negativos; sobre esto, más adelante), un edificio que depende de modo directo de la cultura en cuestión: hay que proteger a los niños frente a múltiples peligros, se debe sanar a los enfermos o al menos protegerlos frente a empeoramientos, hay que evitar que se cometan delitos, ha de lucharse contra el enemigo exterior o interno, el Estado debe

garantizar un determinado nivel de asistencia mínima. En todos estos casos —y ello resulta decisivo—, la prestaciones deben ejecutarse con independencia de cuál sea el ámbito de organización del que provenga el curso peligrosos, o que éste sea de origen natural. Y es que se trata de deberes positivos; la norma no (sólo) dice «controla tu organización», sino (también) «sé solidario».

¿De qué deberes se trata? Como se ha dicho, la respuesta depende en gran medida de la cultura en cuestión —un Estado más bien liberal, uno de configuración paternalista y un Estado cristiano mostrarán con toda certeza diferencias—, pero cabe identificar un marco en el cual han de buscarse estos deberes dentro de un Estado moderno y secularizado, aunque no sea más que eso. Como principio general debe mencionarse en primer lugar que la institución respecto de la cual se pretenda que genere deberes garantizados por el Derecho Penal ha de mostrar una relevancia social que no sea inferior a la que corresponde a la relación entre libertad de actuación y responsabilidad por las consecuencias. Partiendo de este presupuesto, pueden mencionarse las siguientes instituciones: (1) la paternidad en cuanto conjunto de la relación de los padres hacia sus hijos; (2) el Estado en alguna de las relaciones con sus ciudadanos, es decir, en lo que se refiere a sus cometidos *elementales* (irrenunciables), y (3) otros supuestos de confianza *especial* hacia el titular de un determinado rol en el sentido de que este titular no defraudará las expectativas que existen frente a él. Se trata, en consecuencia, de aquellas formas de relación social respecto de las cuales no existe en general una alternativa de organización.

B) El Estado y los funcionarios estatales

Parece claro que no es posible determinar para todas las épocas y para todos los ámbitos culturales cuándo no hay alternativa de organización a las prestaciones del Estado. En este sentido, en Europa —si prescindimos de algunos pocos Estados en el Este de Europa— el Estado tiene el cometido de garantizar en caso de necesidad al menos un nivel mínimo de condiciones de subsistencia, esto es, de ocuparse de que sus ciudadanos (aunque no se encuentren sometidos a una relación especial de sujección como

los penados, los presos o los soldados) no mueran, en contra de su voluntad, de inanición o de frío, o por una enfermedad curable, etc. Si a pesar de ello se produce un daño, los responsables en las Administraciones competentes —presuponiendo la capacidad para evitar el daño, etc.— son punibles por lesiones u homicidio en comisión por omisión. Tal concepción se basa en una tradición (al menos también) de Estado social, y por ello no puede ser trasladada sin más a todos los Estados del mundo.

Al menos para los Estados gobernados en democracia, es más fácil generalizar el deber de prever, y, en su caso, combatir aquellas situaciones de necesidad frente a las cuales un individuo aislado no puede protegerse, y ello ya desde un principio porque una previsión privada se entrometería en el monopolio de la violencia del Estado: peligros para la seguridad exterior e interior, catástrofes naturales, accidentes, grandes incendios, etc. Dicho de modo simplificado, pero drástico: los miembros del ejército, de la policía, de los bomberos y de los servicios públicos de salvamento tienen un rol especial que les impone deberes positivos. En términos ejemplificativos: los policías que contemplan sin intervenir —y teniendo capacidad de evitación— como una turba excitada lincha a una persona odiada responden del resultado, al igual que los miembros del cuerpo de bomberos que ante un incendio remediable se limitan a observarlo o el conductor de una ambulancia pública y el cirujano en un servicio público de urgencias que no atienden a la víctima de un accidente.

Además, un Estado de Derecho debe imponer el principio de legalidad; dicho con un ejemplo, el fiscal que no persigue a un delincuente porque éste es miembro del Gobierno, comete un delito de encubrimiento de funcionario público por omisión, del mismo modo que respondería por esa infracción a título de comisión en caso de que hiciera desaparecer el expediente. Pero tales situaciones dan lugar a múltiples problemas en todos los Estados cuyo Estado de Derecho no esté muy firmemente implantado. Lo dicho sólo se refiere a uno de los sectores de los deberes positivos del Estado, que son trasladados de éste a sus funcionarios; pero probablemente baste como ejemplo.

C) Paternidad

Con una fundamentación claramente más segura de lo que es el caso respecto de algunos de los deberes del Estado, la relación entre padres e hijo descansa en la base social: en todos los ordenamientos en los que (1) la crianza de los hijos incumbe de modo primario a los padres, o al menos se les encomienda, sin que (2) se les considere propietarios de sus hijos, de los que podrían disponer libremente, los hijos se confían a los padres mientras son menores de edad. Esto parece prácticamente evidente, y por ello se habla en algunas ocasiones de un vínculo «natural». Los deberes tienen un alcance marcado por la medida en la que padres e hijos practican un mundo común, es decir, que en una primera fase son omnicomprensivos: los padres deben alimentar, cuidar, educar al hijo, apartar de él enfermedades y riesgos, también aquellos que deriven de la conducta de otras personas o del otro progenitor; además existe un deber de cuidado patrimonial. Dicho con un ejemplo: si los padres invierten el patrimonio de su hijo de modo especulativo en vez de en valores seguros y se produce un daño, responden por el delito de administración desleal. Los deberes van reduciéndose conforme se incrementa la autorreponsabilidad del hijo y concluyen con su mayoría de edad, puesto que a partir de ese momento el hijo no está obligado a obedecer a sus padres. Sin embargo, pueden concurrir otras causas de responsabilidad, ya se trate de una relación negativa —por ejemplo, asunción— o de una relación positiva distinta —por ejemplo, confianza especial—; sobre esto se volverá en breve.

D) ¿Matrimonio?

Aún hace dos o tres décadas, en Alemania se hubiera mencionado junto con la relación paternofilial el matrimonio en cuanto institución, al igual que la paternidad, a la que no se puede renunciar para determinar la configuración social. Sin embargo, hoy no puede afirmarse de ningún modo que exista tal equiparación, y por ello el deterioro de la institución «matrimonio» ofrece un buen ejemplo para apreciar que la teoría de la imputación no sólo depende de la socialidad en abstracto —de la lógica de toda sociedad—, sino también de la configuración concreta bajo las condiciones de la época en cuestión. Ya en el ámbito de los deberes negativos, en el caso de la injeren-

cia, se mencionó esta dependencia, pero aquí, en el campo de los deberes positivos, ésta se muestra con aun mayor claridad. En poco más lapso de tiempo que el que corresponde a una generación, el matrimonio ha degenerado de una institución necesaria a un contrato más bien de libre rescisión. Ello ha sucedido así porque han aparecido formas sustitutivas, especialmente la comunidad de vida no matrimonial de parejas heterosexuales, que pueden asumir igualmente el cometido de la reproducción y del cuidado y educación de los hijos (habiendo disminuido tanto la necesidad de una canalización de la sexualidad, a causa del desarrollo de los anticonceptivos, como la necesidad de alimentar a la mujer debido a los cambios en el contexto social). En consecuencia, no es de modo específico el matrimonio lo que genera un deber positivo de cuidados mutuos, sino de manera general la especial confianza que aparece cuando una persona acepta desempeñar un papel que determina la forma necesaria de la sociedad: si bien puede renunciar lícitamente a ese rol, no puede hacerlo en un momento inadecuado.

E) Otros supuestos de confianza especial

La doctrina dominante argumentaría que el deber positivo en el matrimonio o en el vínculo no matrimonial surge de la estrecha comunidad de vida, pero esta ubicación tiene su base en una confusión entre intimidad y juridicidad. Lo único decisivo es si hay personas que de modo imputable (representable) se han introducido en un rol de cuidar de otro; en cambio, es indiferente que la comunidad sea estrecha o no. Basta con que —parafraseando un refrán alemán— un paralítico (vidente) y un ciego (que puede andar) se unan a efectos de prestarse apoyo mutuo en caso de que ello sea necesario, y que lleven a la práctica tal unión, esto es, que no sólo anuncien sus respectivos roles, sino que los ejerzan realmente, sin que tal empresa tenga por qué conducir a una comunidad de vida de cierta intensidad. A la inversa, no es idónea para dar lugar al deber aquella relación de carácter sexual y de larga duración —que puede ser calificada probablemente en varios sentidos como relación vital estrecha— en la que ambos *sólo* jueguen el papel de pareja sexual. El concepto determinante no es el

de la estrecha comunidad de vida, sino es la «constancia de roles imprescindibles».

Se planteará la cuestión de cómo se diferencia esta confianza especial —el requerimiento jurídicamente garantizado de constancia en los roles— de la asunción en el ámbito de los deberes negativosig. La respuesta es sencilla: en la asunción, el deber resulta del empeoramiento de los estándares de seguridad de la otra organización, en la confianza especial, en cambio, no es necesario que concurra tal empeoramiento; aunque el sujeto que confía no dispusiera de una alternativa para asegurar su organización, el receptor de la confianza sigue siendo responsable. Por lo tanto, aunque el paralítico del refrán no hubiera encontrado a otro ciego, el ciego seguiría siendo responsable, y ello por la necesidad social de mantener constantes los roles de importancia elemental.

Las relaciones de auxilio constitutivas de la confianza especial no necesariamente son sinalagmáticas a corto plazo. Todo el campo de los deberes positivos podría denominarse ámbito de confianza especial; entonces, en los deberes ya tratados del Estado y en los de la paternidad aparecen relaciones unilaterales, al menos mientra no se levante la vista más allá de una perspectiva corta de tiempo (porque a largo plazo, se rechazará aquello que no aporte ventajas para todos). Lo único relevante es el carácter generalmente irrenunciable de la institución, esté ésta orientada a un auxilio unilateral o recíproco. Por ello, la confianza especial también se extiende a aquel caso en el que un médico o una clínica anuncian previamente la prestación de auxilio a cualquier persona necesitada y llevan a la práctica tal promesa, es decir, desempeñan realmente el rol auxiliador, o que el cuerpo de bomberos voluntarios o el servicio de urgencias privado hayan llevado a la práctica tal rol antes de que se produzca el siniestro: en caso de necesidad, se hallan vinculados a este rol, y ello con independencia de que existiera frente a ellos una alternativa de organización. *La autorrepresentación de las personas fue socialmente aceptada, luego vincula.*

F) Delito de deber

Ahora podrá preguntarse: ¿qué relación tiene todo esto con un *actuar* delictivo? Pues parece que se trata únicamente de deberes de salvamento, es decir, de mandatos cuya infracción contituye un delito de omisión. Ahora bien, ya la denominación «deberes de salvamento» sólo es parcialmente correcta, si bien de esta corrección parcial no cabe duda —claro que los padres deben salvar a su hijo cuando está en peligro—, ya que en el plano general no siempre se trata de un salvamento, sino de la *creación* de una institución que funcione. Dicho con un ejemplo: si al juez se le prohíbe prevaricar tanto por acción como por omisión —este último caso puede darse, por ejemplo, al no aclarar a los demás integrantes de un tribunal colegiado un malentendido en el que han incurrido—, ello no sucede para salvar a la Justicia —ésta aún no se ha realizado en lo que se refiere a la resolución pendiente—, sino para *crear* una ordenada Administración de Justicia, y si los padres no deben poner en peligro el bien de su hijo, ello sucede no para salvar ese bien —aún no existe—, sino a efectos de su *creación,* etc. E incluso en aquellos casos en los que cabe recurrir a un bien ya existente, por ejemplo, cuando los padres han de repeler un ataque peligroso de un animal contra su hijo, lo que se pretende que hagan mediante esa defensa es la *creación* de la institución «paternidad».

Estos deberes positivos, deberes de colaborar en la realización de una institución, abarcan —podría decirse: evidentemente— todos aquellos deberes que incumben a todos, es decir, no sólo al portador de un rol especial, y los abarcan no sólo en cuanto deberes negativos, sino como elementos necesariamente integrantes del complejo de los deberes positivos. Mostrándolo con un ejemplo, los padres infringen su rol paternal también en caso de que lesionen activamente a su hijo o de que participen en el hecho de un tercero que quiere lesionar a su hijo; los bomberos también lesionan su rol como servicio de urgencias cuando atizan las brasas en lugar de extinguirlas, etc. El que esta conducta ya esté prohibida para cualquiera no cambia en nada el hecho de que a los obligados por un deber especial se les prohíbe

realizarla *en su condición de tales*, y ese enriquecimiento de los deberes negativos en un lado positivo genera determinadas consecuencias:

El obligado por un deber positivo que organiza una lesión solo o conjuntamente con otros, no suspende mediante esta conducta su deber positivo, sino que, por el contrario, lo infringe igualmente, y puesto que los efectos de ese deber son de carácter personalísimo —no es posible transmitir con efectos exoneratorios el *status* de padre o de funcionario a otro—, el obligado por el deber positivo está infringiendo ese su deber positivo de modo directo, por lo que siempre será *autor*, es decir, también en aquel caso en el que, infringiendo la prohibición, colabora con otro sujeto. Dicho con un último ejemplo: el médico responsable del tratamiento que ordena o tan sólo permite la administración de medicamentos nocivos por una enfermera es autor como si él mismo los hubiera administrado. Se habla de un delito de deber; los detalles forman parte de la teoría de la participación, por lo que no serán abordados aquí.

Resumen

1. El corte entre actuar y omitir sólo tiene una significación técnico-organizativa; en el plano material, lo relevante es la distinción entre deberes negativos y positivos.

2. Los deberes negativos son la contrapartida necesaria de la libertad de organización y tienen como contenido no lesionar a otro. Pueden ser infringidos tanto por acción como por omisión.

3. En el ámbito de los deberes negativos, la responsabilidad por un actuar se fundamenta en una vulneración del deber de aseguramiento en el tráfico respecto de movimientos corporales. La responsabilidad por una omisión tiene su base en una vulneración del deber de aseguramiento en el tráfico respecto de un ámbito de organización; este deber de aseguramiento en el tráfico se subdivide en el plano fenotípico en los deberes de no permitir un output lesivo de una organización, de prestar la protección que se haya asumido y de reponer las disminuciones de protección impuestas a otro (injerencia).

4. Los deberes positivos tienen como contenido aportaciones positivas de solidaridad. Dependen (aún) más de la evolución cultural que los negativos. Han de mencionarse los deberes del Estado y de sus funcionarios, los deberes de los padres frente a sus hijos menores de edad y otros casos de confianza *especial*, es decir, de una confianza en la constancia de roles irrenunciables (no susceptibles de ser sustituidas por alternativas de organización).

OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA

Exhaustivas referencias en JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y la teoría de la imputación*, 1995, 7/56 y sigs., 70 y sig. y 28/13 y sigs. (actuar y omitir); 29/29 y sigs. (deberes en el tráfico jurídico, asunción, injerencia); 29/57 y sigs. (deberes positivos); 21/115 y sigs. (autoría en los delito de deber); *ID.*; *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996; *ID.;* La omisión: estado de la cuestión, en: ROXIN *et al.*, *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, pág. 129 y sigs.

Sobre el estado actual de la dogmática del delito de deber: ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7a. edición, 2000, pág. 695 y sigs.

Respecto de la diferenciación entre deberes positivos y negativos y respecto del delito de deber: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002.

*El lado subjetivo del hecho**

Günther Jakobs

Sumario: I. Introducción; II. Destino *versus* culpabilidad; III. Errores cognitivos *versus* errores volitivos; IV. Defectos cognitivos por defectos volitivos; V. Significado subjetivo y objetivo del hecho; VI. Esbozo: imputabilidad; exigibilidad de fidelidad suficiente al ordenamiento jurídico; VII. Resumen; VIII. Observaciones sobre la bibliografía.

I. Introducción

En el Derecho Penal moderno son al menos tres los requisitos que, configurando el llamado lado subjetivo del hecho, se exigen para que pueda afirmarse la existencia de un delito: (1) imputabilidad, (2) conocimiento o al menos cognoscibilidad de (a) la realización del tipo, así como (b) del injusto, y (3) exigibilidad de la observancia de la norma. Con tal de que falte uno solo de estos tres elementos que constituyen el lado subjetivo del hecho, el hecho sólo aparentemente podrá ser la configuración del mundo hecha por una persona; en realidad, sin embargo, se tratará de un producto de la naturaleza: (1) al inimputable lo dominan determinados programas objetivos, (2) quien está inmerso en un error invencible, carece de orientación y (3) concurriendo una situación de inexibilidad, la razón determinante de que se cometiera el hecho está en la coacción o el miedo. — Partiendo de la base de que —como he desarrollado en otros escritos— por delito debe entenderse un comportamiento realizado con un defecto de fidelidad al ordenamiento jurídico, cada uno de los elementos del lados subjetivo del hecho —impu-tabilidad, conocimiento (cognoscibilidad) o exigibilidad— es

* Título alemán: *Die subjektive Tatseite* (manuscrito). Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

un indicio de un defecto de fidelidad al ordenamiento, y todos estos elementos en conjunto constituyen un indicio necesario de ese déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico; esta indicación es la función del lado subjetivo del hecho.

La historia de la evolución del Derecho Penal moderno es larga, y no siempre brillante, como suele suceder con las obras humanas. Por ello, posiblemente sea útil que comience con el polo opuesto de la responsabilidad tal y como hoy la entendemos, la responsabilidad por el destino (en una terminología peor: responsabilidad por el resultado; el resultado carece del significado que el destino lleva implícito) (*infra* II) e intente mostrar lo difícil que fúe romper el cordón umbilical con ese entendimiento, para pasar después a ocuparme del lado subjetivo del hecho, y ello poniendo el acento sobre todo en el conocimiento o cognoscibilidad de la realización del tipo y del injusto (*infra* III). En este análisis, también abordaré la muy difícil cuestión acerca de cómo debe procederse con un autor que abandona el círculo de aquellos que conocen las consecuencias de su actuar cerrando los ojos por falta de interés (*infra* IV, V). Lo que se dirá acerca de la exigibilidad no podrá pasar de un esbozo (*infra* VI).

II. DESTINO *VERSUS* CULPABILIDAD

En la *legenda aurea*, de Jacobus de Voragine, una colección de leyendas del siglo XIII, se relata lo siguiente sobre Rosamunde, esposa de Albuin, rey de los langobardos: profundamente ofendida por Albuin, Rosamunde se tendió en el lecho de la concubina de uno de los duques del rey, quien de hecho mantuvo relaciones sexuales con ella sin sospechar nada. Después del acto, Rosamunde le reveló su identidad y anunció: «...ahora con certeza has hecho algo por lo que habrás de matar al rey o morir de su mano». ¿Por qué debe morir el duque, que al cometer el hecho no sospechaba nada, si no se adelanta matando al rey? De acuerdo con la concepción moderna, faltando dolo o imprudencia, no había nada que reprochar al duque, pero eso no lo considera determinante la leyenda, y sí la barbaridad de que un vasallo del rey ha tenido comercio carnal con la esposa de éste: ello revoluciona el orden jerár-

quico, y, con ello, de la sociedad de los langobardos; esta «herida en el organismo de todas las relaciones vitales» (Viktor ACHTER) sólo puede sanar si se elimina la contradicción que está en su base, y eso significa que uno de los dos, rey o duque, debe desaparecer de la tierra. Como puede apreciarse, el crimen también puede concebirse sin lado subjetivo. Ahora bien, el contexto de la comprensión es distinto en la época de la *legenda aurea* que ahora. Para nosotros, «destino» ya no es una palabra con fuerza explicativa, sino que, por el contrario, o bien reconducimos la configuración del mundo a la naturaleza, y entonces, carece de sentido, es casualidad, o la reconducimos a logros y fracasos, y entonces es mérito o culpabilidad. Hoy entendemos el suceso en el que se vió envuelto el duque como una casualidad, para él inevitable, pero la leyenda lo procesa como su mal destino; la leyenda aún conoce fuerzas superiores que intervienen de modo independiente de los seres humanos en el mundo, y lo hacen de modo pleno de sentido (Max WEBER), y por ello conoce también responsabilidad sin lado subjetivo del hecho. Esta perspectiva nos resulta ajena más o menos desde el *Novum Organon de Francis Bacon*, es decir, desde el surgimiento de las ciencias de la naturaleza.

El Derecho Penal moderno no parte de un mal destino, sino de la culpabilidad, es decir, del fracaso en la configuración del mundo. Esto no significa que en cualquier país más o menos moderno se hayan eliminado todos los residuos de la responsabilidad por un destino; pero en la medida en que queden aún tales residuos, el Derecho no será moderno. En particular, resulta difícil superar el pensamiento de la antigua figura jurídica del *versari in re illicita*. En el *versari in re illicita*, el autor realiza un injusto de manera plenamente imputable, por ejemplo, lesionando a otra persona en su integridad física, y causa con ello un daño ulterior, sin que lo previera o siquiera pudiera prever, así, por ejemplo, cuando una pequeña lesión, una bofetada, acaba en un homicidio debido a una constelación desafortunada. Ciertamente, con frecuencia la situación será tal que el autor tenía razones para contar con la producción de graves consecuencias, ya que se inmiscuía en una organización ajena; en esa medida, actuó con imprudencia, es decir, de modo culpable. Esta es la situación, por ejemplo, si siendo

lego intenta modificar un complejo aparato electrónico de otro; si el aparato resulta destruido, la imprudencia es palmaria. Pero la institución del *versari in re illicita* abarca también las consecuencias imprevisibles, como en el caso acabado de mencionar de un bofetón que conduce a la muerte.

El Derecho Penal alemán conoció hasta medidados del siglo pasado (1953) delitos cualificados por el resultado en los que un delito básico —perfectamente imputable— experimentaba una cualificación en caso de producirse una determinada consecuencia grave, sin que ésta hubiera sido producida ni dolosa ni imprudentemente. En el caso del bofetón, por lo tanto, debería haber respondido el autor por lesión con resultado de muerte, y ello incluso en el caso de que la muerte se produjera sólo por tener la víctima una constitución débil no cognoscible. Sin embargo, incluso en estos delitos cualificados por el resultado era necesario que el autor hubiera introducido mediante el delito base un riesgo nuevo en la organización de la víctima; no bastaba con que desencadenara el riesgo vital general de la víctima, como era el caso, por ejemplo, si la víctima, ofendida, abandonaba el lugar, perdiendo la vida en un accidente de tráfico. En tal caso, el autor no había elevado el saldo de riesgos de la víctima; pues del mismo modo en que se vio expuesta a los peligros del viaje, quedaba libre de los que la amenazaban de quedarse en el mismo lugar.

Desde hace cincuenta años, el Derecho Penal alemán ya no conoce estos delitos cualificados por el resultado, puesto que se introdujo un precepto (§ 56 StGB en la antigua redacción; hoy § 18 StGB) de acuerdo con el cual el resultado debe haberse producido al menos por imprudencia para tener efecto cualificador. Desde entonces, se trata de delitos base dolosos que son cualificados por consecuencias ulteriores producidas al menos por imprudencia. La jurisprudencia y la doctrina científica incluso intentan, en el ámbito de las lesiones con resultado de muerte y de las cualificaciones de configuración análoga, llevar a cabo una ulterior especificación del lado subjetivo del hecho que ahora es necesario también en estos delitos: se considera que ya no basta que concurra cualquier imprudencia en la cualificación del delito base doloso por las consecuencias derivadas, sino que, por el

contrario, la consecuencia ulterior —como lo formula la jurisprudencia— deben ser consecuencias inmediatas del delito base, con lo que quiere decirse que debe ser el riesgo específico del delito doloso el que produzca la consecuencia ulterior. Se trata, por lo tanto, de un error cuantitativo del autor en lo que se refiere al riesgo del delito base. Dicho con un ejemplo: si el autor, con dolo de lesionar, pero no de matar, golpea la cabeza de la víctima con una maza, fracturándose el cráneo y muriendo la víctima, estamos ante unas lesiones cualificadas por la muerte; pero no es así si la víctima se desmaya, cae en la calzada y es arrollada por un camión; este último supuesto constituye un concurso ideal de lesiones dolosas y homicidio imprudente y recibe una pena sensiblemente inferior, sólo pena privativa de libertad de hasta cinco años, mientras que en las lesiones cualificadas por producción imprudente de la muerte puede imponerse una pena privativa de libertad de hasta quince años (§§ 222, 223 párr. 1o., 338 párr. 2o. StGB). Por lo tanto, la vinculación de la ulterior consecuencia producida por imprudencia a un hecho doloso determinado, es decir, precisamente a unas lesiones dolosas, se toma plenamente en serio: no tiene efecto cualificante el cálculo equivocado respecto de cualquier riesgo, sino sólo específicamente del riesgo conocido, es decir, abarcado por el dolo.

III. ERRORES COGNITIVOS *VERSUS* ERRORES VOLITIVOS

He esbozado la regulación de las lesiones con resultado de muerte —debiendo ser producida ésta por imprudencia y de modo directo— como consecuencia de la superación de la responsabilidad por el destino o por el resultado, en particular, como producto de la superación de la figura del *versari in re illicita*. Existe otra raíz, a saber, el *dolus indirectus*. Aún habré de volver sobre este punto. Antes de ello, sin embargo, debe profundizarse en la fundamentación de la tesis de partida, de acuerdo con la cual el lado subjetivo del hecho es una exigencia de una visión del mundo que no toma como punto de referencia —como sucedía antiguamente— el destino, sino mérito y culpabilidad. Por consiguiente, la pregunta decisiva ya no es «¿qué hizo el mundo de ti?», sino «¿qué has hecho con el mundo?». Para hacer algo con el mundo, hay que conocerlo; el mundo social, pero igualmente el mundo

natural. Sin orientación sólo se producen resultados casuales. No basta sólo con el conocimiento de que no se debe lesionar a los demás; también hay que saber lo que es «lesionar», es decir, que un golpe fuerte genera daños, que existen venenos y su ingestión lesiona, que las caídas producen lesiones, que la administración de alcohol a niños provoca ebriedad en ellos, etc. Además, es necesario dominar las leyes de la lógica y de las matemáticas. Cuando dos gotas de un medicamento carecen de efecto, diez curan y treinta lesionan, hay que saber contar para obtener resultados planificables, y si se quiere convertir en realidad los planes perseguidos, es imprescindible que se sepa construir el silogismo de que si una sustancia es nociva para todos los seres humanos y *X* es un ser humano, la sustancia es nociva para *X*.

Dicho en otros términos: cuando una persona tiene la voluntad de conducirse de modo acorde con la norma, sólo lo logrará si, además, en primer lugar conoce el tenor de la norma y, en segundo lugar, cómo se cumple ésta. A pesar de que las tres condiciones —voluntad de observancia, conocimiento de la norma, orientación acerca del decurso del mundo natural y de las leyes de la lógica y de las matemáticas— son equivalentes respecto del producto de la observancia de la norma, su concurrencia no es garantizada del mismo modo. Por el contrario, la regla que rige es que un defecto de voluntad en principio fundamenta responsabilidad, mientras que un defecto de conocimiento exonera de responsabilidad. En un ejemplo: dos personas lesionan a otra dándole alimentos envenenados; la primera declara de modo creíble que está segura de que volverá a actuar de ese modo, ya que odia profundamente a la víctima, de modo que no puede tener una voluntad distinta; la segunda explica, de modo igualmente creíble, que no sabía que la comida estaba envenenada. ¿Cuál es la consecuencia? La primera persona será penada con especial rigor por su encastillamiento, la segunda, en cambio, en todo caso por un hecho imprudente. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico asegura vigorosamente la corrección volitiva de una conducta y sólo de modo débil la corrección cognitiva de un comportamiento, y ello sucede a pesar de que las lesiones y los homicidios imprudentes son mucho más frecuentes que los hechos dolosos, de modo que pudiera parecer que el hecho imprudente es el tipo de conducta más peligroso de ambos.

Si se inquiere acerca de la razón de tal diferencia, en la mayoría de los casos se contesta que esa es sencillamente la diferencia entre dolo e imprudencia; que el primer autor ha visto lo que hacía, mientras que el segundo no. Ahora bien, eso no es una respuesta, sino una mera reiteración del problema, a saber, de por qué un no-querer pesa más que un no-saber. La solución se muestra si se pregunta por las consecuencias generales de un no-querer y de un no-saber. Quien ve lo que hace, y asume la lesión de otro, o incluso la persigue, ha integrado esa lesión de tal modo en su cálculo de costes y beneficios que el saldo le resulte adecuado. Aunque la lesión no le resulte directamente útil, el riesgo de su producción pesa menos que el interés en la ejecución del comportamiento, como demuestra la ejecución realizada. Por lo tanto, el autor que actúa en conocimiento de lo que va a acontecer procede de modo racional de acuerdo con sus máximas de conducta. La situación es distinta cuando el autor no ve lo que hace: en tal caso, no es seguro que no se lesione a sí mismo, y si no resulta afectado él directamente, sí quizás otro cuya lesión no persigue, o, quizás, cuya incolumidad le importa mucho. Dicho en términos ejemplificativos, quien preparara una comida envenenada sin sospechar nada quizás coma él mismo de ella o se la sirva a sus hijos, e incluso cuando el receptor le resulte indiferente, por ejemplo, cuando el alimento es servido a un desconocido cualquiera en un restaurante, el daño del cliente no le aporta ventaja alguna, sino sólo problemas. Hace falta mucha suerte para progresar en la vida mediante ignorancia; por lo general, amenazará el riesgo de una *poena naturalis* (de un curso natural lesivo), y por ello socialmente la ignorancia se equipara con incompetencia. Dicho en pocas palabras: las leyes de la naturaleza, de la lógica y de las matemáticas tienden a estabilizarse —no en todos los casos, pero sí en general— por sí mismas, ya que aquel que persiste en desconocerlas fracasará con toda certeza en la ejecución de sus planes. Ésta es la razón del efecto exoneratorio del defecto cognitivo, al menos en lo que se refiere al desconocimiento de la realización del tipo.

Visto desde esta perspectiva, no es difícil explicar por qué se pena menos en el ámbito de la imprudencia; por el contrario, aparece la necesidad de explicar por qué se pena en este caso. Hay tres razones que mencionaré

brevemente: en primer lugar, se trata de no poner a arbitrio de los individuos la dimensión del riesgo que se corre respecto de bienes propios y ajenos. En un ejemplo: un conductor aficionado a los rallies amante del riesgo no aprenderá la máxima de riesgo oficial del tráfico viario sin insistencia, tampoco un empresario especialmente consciente de los costes las máximas que rigen en materia de seguridad en el trabajo. En segundo lugar, se pretende establecer un conocimiento mínimo de la peligrosidad, especialmente en aquellos casos en los que es poco frecuente que exista una vivencia individual del peligro. Además, se pretende evitar que un autor considere, por razones aparentes, inocuo un comportamiento oficialmente considerado peligroso. También aquí un ejemplo: conducir un automóvil en un estado de ebriedad moderado no es arriesgado en el caso individual. Sólo la acumulación de esas conductas genera un riesgo de densidad relevante. Pero esa acumulación sólo puede evitarse si todos conocen el riesgo, y ese conocimiento nunca podría alcanzarse si hubiera que esperar a la vivencia individual del peligro. En tercer lugar —y ésta es probablemente la razón principal—, la punición de los hechos imprudentes está destinada a impedir que el autor aprenda de modo selectivo, es decir, que aprenda exclusivamente la evitación de situaciones que comporten un riesgo de autolesión, y no de aquellas que generan un riesgo de heterolesión. En caso de hacerse este uso selectivo del cuidado, la imprudencia se convierte en dolo indirecto, cuestión sobre la que aún habrá que volver.

Cabe trasladar *cum grano salis* la argumentación relativa al desconocimiento de la realización del tipo al desconocimiento del injusto, esto es, al caso del llamado error de prohibición o de mandato. No puede suceder que un miembro —dotado de capacidades normales— de la sociedad moderna desconozca la prohibición de matar sin justa causa, o de lesionar, o de robar, o de realizar actos de alta traición, debiéndose ese desconocimiento a un descuido producido por un estado de excitación o una situación de sobrecarga personal, etc., y ello es así porque tales modalidades de conducta sólo son susceptibles de ser aprendidas como comportamientos injustos. Al contrario: solamente cabe imaginar errores en aquel ámbito que no se encuentra marcado por las instituciones determinantes de la so-

cialización, es decir, aquel campo que es configurado por el Derecho exclusivamente positivo. En este contexto, cabe pensar sobre todo en los casos en los que se desconozca la obligatoriedad de obtener licencia administrativa — desde la perforación de pozos, pasando por la venta de elementos químicos peligrosos, hasta la organización de una lotería.

Este Derecho positivo debe asumirse como venga configurado. Si, partiendo del reconocimiento, por principio, del deber de observarlo, el sujeto incurre en un error de Derecho, entra en una situación que no puede generarle ventaja alguna: tiene que asumir que se tomarán medidas policiales en contra de su persona, que se le procesará en la jurisdicción criminal, y más, a pesar de que quería mantenerse en el ámbito de la legalidad. Visto desde esta perspectiva, al igual que en el caso de la imprudencia típica, la cuestión a plantear no puede ser por qué se pena de modo atenuado, sino por qué siquiera se impone pena alguna. En estos supuestos de desconocimiento evitable del injusto, la respuesta se corresponde plenamente con la ofrecida respecto de la imprudencia típica: para garantizar determinados conocimientos mínimos, para minimizar el riesgo de que se produzcan errores y para evitar los aprendizajes selectivos, es decir, para procurar que el Derecho se conozca aun cuando su observancia sólo sea útil a otras personas.

En consecuencia, por regla general las personas, en interés propio, se ocupan ellas mismas de procurarse un conocimiento suficiente. Es por esta razón que un déficit cognitivo puede resultar exonerante, dicho con mayor exactitud: que se atenúa la pena en caso de concurrir un error evitable. Ahora bien, las personas no se ocupan en absoluto por interés propio de la obtención de una voluntad de observancia de la norma, como todo hecho delictivo demuestra. No se puede vivir en contra de la naturaleza, de la lógica, de las matemáticas, al menos no de modo planificado; pero sí en contra del ordenamiento jurídico, desde luego, con tal de tener cuidado de no ser atrapado. Por esta razón, las normas jurídicas tienen un punto débil constitucional: existe la posibilidad —sin la consecuencia de desventajas ineludibles— de no querer cumplirlas. Dicho en un ejemplo: quien parta de que dos y dos suman siete, pronto fracasará, pero quien se conduzca como si para él no rigiera la prohibición de estafar, puede hacerse rico si sabe ocultarse con

habilidad. El Derecho conoce esta debilidad, e impone, para compensarla, a toda persona el deber de procurarse una voluntad suficiente de observar la norma, de alcanzar la suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico. En el ejemplo antes mencionado, en el que el autor alega que se vio obligado a realizar el hecho debido al odio que siente, y que volverá a ejecutarlo siempre que se den las mismas circunstancias, el Derecho replica, por tanto: y si lo haces, esas ejecuciones te incumbirán a ti. Esta competencia respecto de la propia voluntad es en terminología jurídico-penal funcional lo que en otros ámbitos se denomina «libre albedrío» — dicho sea esto de paso.

IV. Defectos cognitivos por defectos volitivos

La contraposición entre defectos cognitivos y defectos volitivos deja abierto un problema: ¿cuál es la situación cuando el defecto volitivo, que no exonera, es la razón de un defecto cognitivo, que de por sí sí exonera? Esta situación psíquica, que a primera vista puede parecer una construcción bastante artificial, en realidad se refiere a un fenómeno cotidiano: a alguien un determinado conocimiento sencillamente no le interesa, por lo que no piensa en absoluto en el ámbito en cuestión. Un ejemplo: todos ustedes saben que de acuerdo con las reglas del islam está prohibido el consumo de carne de cerdo. En la medida en que no se sientan próximos a esta religión: ¿han pensado en la prohibición la última vez que comieron carne de cerdo? ¡Con bastante certeza que no! Ahora les ruego que se coloquen en el punto de vista de un juez de esa religión: ¿debe exonerarles su desconocimiento por desinterés? Entonces, sería de mejor condición el sujeto indiferente que el escrupuloso que infringe la prohibición entre dudas y con mala conciencia. — Una consecuencia extraña.

Trasladaré el ejemplo mencionado al Derecho Penal moderno, para lo que propondré tres casos, dos con desconocimiento del tipo por indiferencia y uno con desconocimiento de la prohibición generado también por indiferencia: (1) Una omisión, después de un accidente en una mina, el ingeniero responsable no hace nada, sabiendo que las máquinas encerradas bajo tierra, aparatos valiosos y de difícil reposición, se estropearán; no piensa en los trabajadores atrapados, porque hay muchos y por ello no merece la pena

preocuparse por ellos. — (2) Una persona lanza al suelo en un aparcamiento una botella de vidrio, que se rompe. Por falta de interés, no piensa en que los cristales pueden destruir las cubiertas de un vehículo. — En ambos casos, la pregunta es: ¿desconocimiento de hechos, que exonera, o un defecto volitivo, que no exonera? — Ahora pasemos al desconocimiento de la norma: (3) En una fiesta en la que se distribuyen diversos tipos de drogas, a uno de los invitados se le ofrece una droga más bien ligera; él la toma y la consume, no pensando —por desinterés— que esa conducta infringe las normas jurídicas en materia de sustancias estupefacientes.

En todos los casos, se trata del mismo fenómeno: el autor no registra determinadas cualidades de su comportamiento porque éstas no le interesan. Se trata de cualidades de las que depende lo delictivo del comportamiento, esto es, bien un elemento del tipo (las vidas humanas amenazadas en el caso del accidente minero; el peligro de daños en el caso de los cristales), bien lo injusto del comportamiento en sí mismo (la infracción de las normas jurídicas relativas a las sustancias estupefacientes), pero al autor eso le da igual. A diferencia de lo que sucede respecto de un autor de un hecho imprudente, quien, avisado de su error antes del hecho, modificaría, asustado, su comportamiento, el autor que aquí interesa contestaría, encogiendo los hombros, «¿y qué?». Por consiguiente, el error del autor del hecho imprudente se contrapone al desinterés del indiferente.

Ya Aristóteles se ocupó del problema (Ética nicomaquea 1110b); distingue en función de cómo se conduzca el autor después del hecho: quien actúa en desconocimiento y lo lamenta después del hecho debe ser tratado con mayor condescendencia que aquel que no siente malestar alguno, es decir, que es —lo que Aristóteles determina en una perspectiva *ex post*— indiferente. Otro intento de solución se produjo en la dogmática jurídico-penal de los siglos XVII a XIX mediante la figura jurídica del dolo indirecto. La idea que se halla en la base de ésta era la siguiente: quien actúa con malicia contra otro (es decir, de modo evidente carece de interés en el bienestar de éste) no será penado de modo atenuado aunque no haya pensado en determinadas consecuencias palmarias de su conducta. Especialmente Benedict

Carpzov, quien enseñaba a mediados del siglo XVII (murió en 1666), defendió la opinión de que quien con malicia produce una lesión que por sus características necesariamente ha de conducir a la muerte, tiene dolo de matar aunque no haya reflexionado acerca de la consecuencia mortal de su acto. Esta opinión aún aparece en el hegeliano Michelet, en el primer tercio del siglo XIX (1828), y, por lo demás, ha dejado huellas en la teoría de la imputación de Hegel. No fue hasta el psicologicismo de Feuerbach que se puso fin a esa doctrina. Los resultados demasiado escandalosos son evitados en el Derecho Penal alemán gracias a los delitos, ya mencionados, en los que una consecuencia grave producida por imprudencia tiene efecto cualificador.

Por lo demás, en este campo el Derecho Penal alemán no ofrece una buena imagen. Existen dos regulaciones del desconocimiento, una relativa al desconocimiento del tipo y otra que se refiere al desconocimiento del injusto (§§ 2, 16, 17 StGB). El precepto relativo al desconocimiento del injusto establece que no se penará cuando el desconocimiento del injusto sea inevitable; que en caso de desconocimiento evitable se prevé una atenuación facultativa. Esta regulación elástica tiene en cuenta el problema de la indiferencia frente al ordenamiento jurídico — pues no se atenuará en estos supuestos, mientras que sí que hay que atenuar cuando la desorientación es debida a un error. La regulación respecto del desconocimiento del tipo es distinta: quien no conoce la realización de los elementos de un tipo, sea por las razones que sea, incluso aunque ello se deba sencillamente a la indiferencia del autor, en todo caso puede ser penado por delito imprudente, y esto significa que ello sólo puede suceder cuando exista un tipo imprudente, siendo mucho menos frecuentes estos tipos que los previstos para hechos dolosos, y previendo los primeros por regla general penas mucho más leves. A modo de ejemplo: la pena máxima para el homicidio imprudente es de cinco años de prisión, lo que es la pena mínima para el homicidio doloso. Refiriendo esta situación legal a los tres ejemplos mencionados, ello significa lo siguiente: de acuerdo con el Derecho Penal alemán, en el caso del accidente en la mina se trataría de un mero homicidio imprudente por omisión; en el caso de los cristales, el autor sería impune, ya que los daños sólo se penan en caso de comisión dolosa; en el caso de desconocimiento del

injusto respecto de la ingestión de drogas, en cambio, no se produciría atenuación, ya que el precepto aplicable, como se dijo, no contiene un deber de atenuar, sino sólo la facultad de proceder de ese modo, no existiendo en el caso razón para hacer uso de esa posibilidad.

V. SIGNIFICADO SUBJETIVO Y OBJETIVO DEL HECHO

Lo dicho hasta el momento aún ha de introducirse en la teoría del conjunto del Derecho Penal. Como he expuesto en otro lugar, la pena sirve para el mantenimiento de la vigencia de la norma: el hecho no se entiende como mero suceso fáctico, sino como acontecimiento portador de un sentido, de un significado en la comunicación, y este entendimiento es igualmente aplicable a la pena, siendo ésta una contradicción de la afirmación del autor de que no tiene por qué preocuparse de las normas, de que no tiene que ocuparse de alcanzar fidelidad al ordenamiento jurídico. Si se examina la afirmación del autor con mayor detenimiento, se observa, en primer lugar, que el autor que actúa con dolo y conciencia de antijuridicidad sabe lo que «dice», dicho con mayor precisión, que transmite como sentido objetivo en la comunicación que la norma no es obstáculo para realizar el tipo. El sentido objetivo y el subjetivo coinciden, de modo que no existe posibilidad de distanciar al autor del significado objetivo de su comportamiento. La situación es distinta en el caso del autor que yerra de modo evitable, actuando en imprudencia típica o en un error acerca de lo injusto de su comportamiento. Objetivamente, expresa el mismo significado —que no tiene por qué respetar las normas—, pero subjetivamente no es eso lo que quiere decir, como se percibe ya por el hecho de que —como antes se ha expuesto— ha generado el riesgo de una poena naturalis; pues este riesgo es la consecuencia cognitiva de una infracción de la norma no querida. Ciertamente: no sólo el autor que actúa con pleno conocimiento, sino también aquel que yerra de modo evitable carece de suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico; pues de lo contrario, el error no sería evitable. Pero en el caso de la persona que actúa con conocimiento para alcanzar la conducta debida sólo falta la voluntad correcta, en la persona incursa en error falta ésta y falta la corrección de una prestación cognitiva defectuosa, esto es, del error. Dicho de otro modo: en el

caso del conocimiento, se trata de un defecto volitivo abierto, en el error éste se oculta detrás de un defecto cognitivo.

Volvamos al sujeto indiferente. ¿Conoce el significado objetivo de su conducta? Evidentemente, no, pues no piensa en él. ¿Yerra? De modo igualmente evidente, no, pues la producción del injusto no le sorprende, ya que, precisamente, le es indiferente lo que suceda. Pero a falta de sorpresa, tampoco puede haber *poena naturalis*, y a falta de autolesión, al indiferente tampoco se le atribuye incompetencia, de modo que debe seguir imponiéndose la pena completa, lo que —como se ha expuesto— en Alemania sólo es posible, de acuerdo con el Derecho Positivo, en el caso de indiferencia frente al ordenamiento jurídico, mientras que en la hipótesis de indiferencia frente a la realización del tipo, de acuerdo con una interpretación prácticamente unánime, despararece la pena por hecho doloso — una regulación insatisfactoria.

VI. ESBOZO: IMPUTABILIDAD; EXIGIBILIDAD DE FIDELIDAD SUFICIENTE AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Al principio de estas reflexiones se expuso que el Derecho Penal moderno no se vincula al destino, sino a un fracaso culpable en la configuración del mundo, es decir, a la falta de fidelidad al ordenamiento jurídico. Quien yerra de modo inevitable no fracasa de modo culpable, sino que puede invocar los condicionamientos inevitables de la naturaleza, de los que no ha de responder. Lo que se ha tratado hasta ahora, dolo, imprudencia, y, al menos cognoscibilidad del injusto, por ello no tiene *per se* significación jurídico-penal —*per se*, de lo que se trata es de hechos o disposiciones psíquicos, es decir, de naturaleza—, sino en cuanto indicador del elemento en el que culmina la imputación jurídico-penal: falta de fidelidad al ordenamiento jurídico.

Pero no basta con el mero conocimiento o la mera cognoscibilidad. Si se toma el hecho en su significado comunicativo, entonces sólo puede cometer un hecho delictivo quien es tomado en serio con sus aportaciones, y eso significa: ni los niños, ni los sujetos que padecen enfermedades men-

tales u otros seres humanos gravemente perturbados. El conflicto provocado por los hechos de este tipo de autores no se refiere a la vigencia de la norma, sino a la seguridad de los bienes. El hecho no puede entenderse como afirmación configurada personalmente, sino sólo como expresión de un patrón objetivo que marca a la persona (y, en esta medida, el autor no es persona en sentido estricto); por ello, la reacción —como en el caso de una catástrofe natural— es puramente cognitiva: educar, sanar, custodiar. No procede profundizar aquí en este punto.

En el contexto actual, resulta más interesante el ámbito de la llamada inexigibilidad. Se trata de casos en los que el autor está expuesto a una especial coacción para cometer el hecho, pudiendo ser reconocida esta coacción en algunos contextos, pero en otros de ninguna manera. El ejemplo más famoso que cabe extraer de la filosofía social es el caso imaginado por el filósofo griego Carneades, en el que después de un naufragio uno de los supervivientes aparta a otro de la tabla salvadora para sobrevivir él asido a ella. ¿Cabe exigir al autor otra conducta? Por un lado, se puede poner el acento en la persona en Derecho, en el titular de derechos y deberes, y entonces hay que contestar la pregunta de modo positivo: no hay justificación alguna; el autor no es un niño y tampoco padece una enfermedad mental; por lo tanto, ha de cumplir la norma y concurre un hecho culpable. Sin embargo, por otro lado, cabe destacar a la criatura, al ser humano con su miedo: el miedo por su vida convierte a muchas personas en criaturas. ¿De qué sirven en tales situaciones las normas del Derecho Penal? Por consiguiente, domina lo natural, no lo configurado en el plano personal; no hay culpabilidad. —¿Cuál de las líneas de argumentación debe elegirse?

Probablemente la mayoría de los ordenamientos jurídicos evolucionados eligen ambas líneas y diferencian en función del contexto: si se trata de una situación especial, no susceptible de generalización, se destaca la naturaleza, es decir, se exculpa. Pero si una exculpación perturba el orden establecido, sea que hay que temer la extensión de la situación, sea que se eluden los procedimientos previstos para la solución de conflictos, la observancia de la norma sigue siendo exigible. Dicho a través de un ejemplo: quien ha

generado el peligro de modo imputable no es exculpado; de lo contrario, habría que temer que se produzca una generalización, puesto que cualquiera que no hubiera tenido una previsión razonable podría trasladar los costes a los demás, si bien no de modo conforme a Derecho, sí al menos quedando exculpado. Entonces, quien en una travesía en un velero no lleva chaleco salvavidas, no puede contar con que se le trate con indulgencia si le quita a otro el chaleco en caso de necesidad. Más allá de esto, no se exculpa a las personas que deben soportar peligros en cuanto personas alcanzadas por un deber especial: soldados, bomberos y otros que participan en emprendimientos arriesgados. De lo contrario, no se podría organizar un ejército ordenado o un servicio de protección civil ordenado. Además: quien sólo tiene derecho a trasladar los riesgos de su ámbito mediante un determinado procedimiento, no resulta exculpado si abandona éste. Por lo tanto, no se exculpa ni siquiera al detenido o preso que, estando privado de su libertad siendo inocente, lesiona o incluso mata a uno de sus guardianes para salvar su libertad; queda limitado a los recursos y derechos establecidos por el Derecho procesal, ya que de lo contrario, en lugar de administración de justicia habría caos.

Por lo tanto, nunca es el miedo sólo lo que exculpa, sino siempre el miedo en un contexto en el que la indulgencia no perturba el orden; entonces, se representa como naturaleza que no se puede dominar. En otros casos, un miedo de idéntica intensidad no impide la constatación de un defecto de fidelidad al ordenamiento. Entre todas las teorías de la culpabilidad, sólo el concepto funcional de culpabilidad puede explicar este tratamiento ambivalente del miedo, es decir, aquel concepto que infiere la culpabilidad de la necesidad de reaccionar frente a una perturbación social por medio de la imputación a un autor.

La argumentación respecto del autor por convicción debe ser muy próxima; en su caso, no puede hablarse de una exculpación plena, pero dependiendo del contexto sí de una disminución de la culpabilidad. En este ámbito, no es lo mismo que un miembro de una determinada confesión religiosa, por lo demás, un sujeto plenamente integrado, en una situación puntual no cumpla con uno de sus deberes por su fe, que un terrorista combata global-

mente al Estado por sus convicciones —no necesariamente de menor calado que la fe— políticas. Aquello que en el caso del primero puede ser considerado con indulgencia en cuanto conflicto de conciencia, se le atribuye como causa de agravación, en cuanto actitud recalcitrante, al segundo: precisamente, el actuar por convicción. La decisión no depende primariamente de la medida del conflicto individual en el autor —del peso de su convicción—, sino de la posibilidad de representar el hecho como poco amenazante, no susceptible de generalización, o como hecho peligroso. ¿Cuándo falta, entonces, la fidelidad al ordenamiento de modo pleno? Cuando el orden no puede resolver el conflicto de otro modo que imputando plenamente y penando a un autor.

Por lo tanto, en la exigibilidad la situación es que un hecho psíquico —el miedo, o una convicción incompatible con el cumplimiento de la norma jurídica— puede ser un indicador de naturaleza plena o parcial, es decir, de ausencia de culpabilidad o de culpabilidad atenuada; que el hecho sea un indicio, sin embargo, depende del contexto. Si el tener en cuenta el miedo perturba el orden, la naturaleza no se discute.

VII. RESUMEN

1. El mundo moderno no conoce un sentido en la naturaleza. Por ello, ya no existe responsabilidad por el destino, sino sólo responsabilidad por la configuración planificable del mundo (II.).

2. a) La planificación requiere orientación. Que haya orientación acerca del estado del mundo social y del natural queda asegurado ya por el interés propio de los agentes: de lo contrario, no alcanzan sus objetivos. Por consiguiente, los defectos cognitivos en principio son perdonables.

   b) La necesidad de observar fidelidad al ordenamiento jurídico no es susceptible de prueba; por ello, el Derecho traslada la tarea de procurarse suficiente disposición para cumplir la norma a las personas individuales. Los defectos volitivos son imperdonables (III.).

3. Los defectos cognitivos basados en la indiferencia —un defecto volitivo— son igualmente imperdonables. En esta medida, el Derecho Penal alemán procede de modo asistemático (IV., V.).

4. Que algo sea exigible o inexigible no depende tanto de la intensidad de una situación de necesidad como de la posibilidad de resolver el conflicto como producto de la naturaleza. Especialmente en aquellos casos en los que existen determinados procedimientos para la solución de un conflicto, éstos tienen preferencia y la exculpación (la resolución a través de la naturaleza) queda excluida (VI.).

VIII. OBSERVACIONES SOBRE LA BIBLIOGRAFÍA

Respecto del principio de culpabilidad: Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 2a. edición, 1976; Günther Jakobs, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pág. 365 y sigs.; *Ibid.* pág. 380 nota 26 referencias respecto de la teoría del *versari in re illicita*; respecto del dolo indirecto próximamente ÍD., en *Libro homenaje a Bacigalupo;* sobre los delitos compuestos de dolo e imprudencia, *idem, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1995, 9/28 y sigs.; respecto de la delimitación de defectos volitivos y cognitivos cfr. ÍD.; *Estudios, op. cit.*, págs. 127 y sigs.; sobre la exigibilidad Claus Roxin, *Der entschuldigende Notstand nach* § 35 StGB, JA 1990, págs. 97 y sigs., 137 y sigs.; *Gerhard Timpe, Grundfälle zum entschuldigenden Notstand* (§ 35 StGB) *und zum Notwehrexzeß* (§ 33 StGB), JuS 1984, págs. 859 y sigs., JuS 1985, págs. 35 y sigs., 117 y sigs.; Günther Jakobs, *Derecho Penal, op. cit.*, 20/1 y sigs.; respecto del autor por convicción *Idem;* 20/20 y sigs.

*Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs**

Eduardo Montealegre Lynett
Jorge Fernando Perdomo Torres

Sumario: I. Generalidades; II. sistema jurídico y expectativas de conducta: A) Sistema social y ambiente; B) Las expectativas de expectativas. Las normas como expectativas de conducta; C) Las expectativas normativas como mecanismo de la orientación social; D) La generalización de expectativas, y la forma de respuesta a su defraudación; III. Persona y sociedad; A) La persona como construcción social y sujeto de imputación; B) La constitución normativa de la sociedad; C) Persona y configuración normativa; D) Filosofía práctica y libertad; E) El concepto de libertad en Kant y Hegel. La libertad normativa; F) La fundamentación normativa de la libertad y su incidencia penal: *1. La persona y sus ámbitos de libertad; 2. Derecho Penal y herramientas sociológicas*; IV. La teoría de la pena: significado y fin: A) Fun-damentación filosófica y sociológica; B) Pena y su significado; C) La pena y su fin; V. La vigencia de la norma como bien jurídico penal; VI. La pena determina el contenido de la culpabilidad. Integración de prevención y culpabilidad; VII. Tres aspectos fundamentales del concepto de acción: A) La acción como acto comunicativamente relevante; B) La imputación objetiva como concreción de la acción; C) No hay acción sin culpabilidad; VIII. Una concepción liberal de la responsabilidad: competencia por organización y competencia institucional: A) Delimitación de ámbitos de competencia; B) Posición de garante y teoría del delito; C) Posición de garante y estructura social; IX. Una teoría unitaria del tipo (acción y omisión, dolo e imprudencia); X. Una teoría de la participación delictiva vinculada a la imputación objetiva: A) El concepto normativo de autor. Algunos rasgos fundamentales: *1. La noción de autor no se infiere del criterio de acción que*

---

* Este tema fue propuesto por el Prof. Eduardo Montealegre Lynett en la inauguración del Curso, cuyos ponentes aquí publicamos, y posteriormente fue elaborado en coautoría con el Prof. Dr. Fernando Perdomo Torres.

se adopte, ni de la teoría del tipo. Depende de los fundamentos de la responsabilidad penal; 2. La delimitación entre autoría y participación no depende de la realización de actos ejecutivos; 3. La accesoriedad gira en torno a las posiciones de garante y a la prohibición de regreso; B) Autoría y participación en los delitos de organización: *1. Dominio del hecho y aspectos normativos; 2. El peso del aporte; a) La teoría de los bienes escasos; b) La realización de elementos del tipo;* C) Autoría y "participación" en los delitos de infracción de deber: *1. Regla general: el obligado institucionalmente siempre es autor; 2. Casos en que el obligado institucionalmente responde como partícipe; 3. El fenómeno de la coautoría; 4. Hipótesis de autoría mediata;* ANOTACIÓN FINAL.

I. GENERALIDADES

Después de la obra de Hans WELZEL no se había construido un nuevo sistema de Derecho Penal. Esta tarea la inicia el más importante de sus discípulos, Günther JAKOBS, quien en el año de 1983, en el prólogo a la primera edición de su *Tratado de Parte General*, señala los lineamientos de una obra que rompe definitivamente con la tradición finalista. Contrario a ella, JAKOBS encuentra que la elaboración de las categorías dogmáticas no puede hacerse con base en una fundamentación ontológica del Derecho. El injusto y la culpabilidad no se infieren de estructuras lógico-objetivas, preexistentes, que vinculen la libertad de configuración del legislador. El contenido de los elementos de la teoría del delito depende de los fines y funciones que cumpla el Derecho, consistentes en garantizar la identidad de una sociedad. Se trata de conceptos normativos edificados con total independencia de la naturaleza de las cosas.[1]

Partiendo de que la estructura social y la función de la pena son los instrumentos a partir de los cuales se debe dar contenido a las categorías centrales de la teoría del delito, JAKOBS construye un nuevo sistema de Derecho Penal. Se trata de la sociedad moderna, en la cual todos los participantes

1 Un interesante análisis sobre el funcionalismo en Derecho Penal puede verse en CANCIO MELIÁ, PEÑARANDA RAMOS *et al. Un nuevo sistema del Derecho Penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

se encuentran en relación de dependencia. Un ejemplo: la vida de una gran metrópoli o inclusive el devenir de un pequeño poblado, en cuanto sistemas de comunicación entre sujetos, son en sí normatividad. La interacción en esa ciudad o en aquella pequeña aldea presupone que los habitantes sean "personas" y no individuos. Esto es, que cada uno de los integrantes del conglomerado se comporte de acuerdo con los parámetros que valen en esa determinada sociedad. Es entonces en esa sociedad global en la que el Derecho surge como un subsistema social para asegurar la posibilidad de interacción de sujetos con deberes y derechos. La sociedad y su constitución normativa son el punto de partida para explicar el Derecho Penal.

II. Sistema jurídico y expectativas de conducta[2]

A) Sistema social y ambiente

[1] La orientación de la nueva Escuela de Bonn presupone, en claro contraste con los planteamientos de la dogmática penal tradicional y otras concep-

2 Algunas de las ideas y referencias bibliográficas de este trabajo fueron ya expuestas en dos publicaciones (Montealegre Lynett, "Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs", en *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho Penal*, Bogotá, 2003, págs. 21 y sigs.; Perdomo Torres, *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el Derecho Procesal Penal colombiano*, Bogotá 2005); aquí han sido reelaboradas y ampliamente complementadas. Publicado también en *Los desafíos del Derecho Penal en el siglo xxi*, Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Guillermo Jorge Yacobucci (dir.), Lima, 2005. Agradecemos a los profesores Eloísa Quintero y Carlos Daza, por la publicación de este trabajo en México.

3 Llama la atención la gran variedad de interpretaciones doctrinales acerca de lo que debe entenderse por funcionalismo en Derecho Penal. Como orientaciones que construyen las categorías del sistema a partir de los fines del Derecho Penal, Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, págs. 67 y sigs.; con respecto a la evitabilidad de daños sociales y, en este sentido, de forma general, Schünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Cancio Meliá (trad.), Bogotá, 1996. Así este autor: "Pues el Derecho Penal de la Ilustración en verdad sustituyó el puro pensamiento orientado en atención a determinados principios del Derecho Penal religioso, antes dominante, por

ciones funcionalistas, que el Derecho Penal se defina por lo que ofrece al mantenimiento del orden social.[3] Esto es, por su *prestación o contribución*. La función del Derecho Penal, en este orden de ideas, consiste en garantizar la identidad normativa, garantizar la constitución de la sociedad. El Derecho Penal se explica así por su función social, por su contribución a la solución de conflictos entre un individuo y la sociedad. Este es el punto de partida del funcionalismo penal. Con palabras de JAKOBS: "la contribución del Derecho Penal consiste en contradecir por su parte la contradicción de la normas que determinan la identidad de la sociedad".[4]

[2] Sociedad-individuo es la relación que marca una segunda diferencia en el nuevo Derecho Penal. Se debe encontrar un fundamento teórico para que el individuo sea explicado a través de lo social, esto es, para que el sujeto pueda ser construido socialmente y no entendido únicamente como ente que proyecta en Derecho una subjetividad. Este segundo propósito se alcanza con apoyo en la teoría sistémica de NIKLAS LUHMANN[5] que diferencia entre sistema social y ambiente, para destacar que todo sistema (por ejemplo, el sistema del Derecho Penal) está orientado estructuralmente a un ambiente. Es decir, a algo que no es el sistema mismo (de otra forma el sistema respectivo no sería autorreferencial), pero que puede ser perfectamente otro

---

un pensamiento orientado con base en determinados fines. Concretamente, reconstruyó al Derecho Penal como medio para evitar daños sociales, colocándolo de ese modo sobre una base funcionalista" (pág. 42); sobre la dificultad de diferenciar entre los rótulos funcionalismo penal y Derecho Penal anclado en principios tradicionales, LÜDERSSEN, *"Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken"*, *ZStW* 107, 1995, págs. 877 y sigs.; otras vertientes sociológicas de corte funcionalista ven en la sanción penal la función de mantenimiento de las condiciones de existencia del sistema social: AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1972; también CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt a. M., 1974.

4 JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, CANCIO MELIÁ y FEIJÓO SÁNCHEZ (trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 11.

5 LUHMANN, *Soziale Systeme*, Frankfurt a. M., 1987.

sistema o subsistema (piénsese en el sistema político, económico o en el sistema del Derecho Constitucional). El ambiente, cualquiera que sea, es el que hace posible que los sistemas se constituyan y mantengan su independencia, precisamente estableciendo diferencias con el ambiente en particular.

[3] Según esta teoría, sociedad es el sistema social total que contiene todo aquello que es social y que, por esto, no conoce un ambiente social.[6] Es un sistema social autopoiético cerrado,[7] un sistema que no refiere su constitución a lo externo, al ambiente, sino que por el contrario se autorreproduce como unidad. Para esta teoría, la sociedad existe cuando los individuos pueden actuar de forma coordinada, es decir, pueden comunicar algo con un sentido determinado. En el Derecho Penal funcionalista, esto significa que la sociedad no es una asociación de individuos y sus eventos empíricos. Presupone la existencia de individuos que expresan un determinado sentido, que comunican algo. En consecuencia, actuar en sociedad, en sentido jurídico-penalmente relevante, sólo puede darse cuando se comunica. La comunicación es la única operación social posible y por ende aplicable al Derecho (Penal) como sistema social de funciones.[8]

---

6 Ibíd., pág. 555.

7 La teoría de la autopoiesis elaborada por los chilenos Varela y Maturana es un punto de partida importante para la concepción sistémica de Luhmann. En la teoría sistémica, la autopoieses significa *interacción circular* entre los elementos del sistema, que permite así la estabilidad, identidad y autocreación de los elementos a través de procesos precisamente sistémicos. Autopoiesis significa la autoorganización del sistema, al mismo tiempo autocreación, autorreferencia; cfr., sobre el concepto de autopoiesis, Maturana, *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*, Braunschweig, 1982.

8 Aquí se parte de la base de que los sistemas sociales se pueden diferenciar entre sí (en el interior de la sociedad) siempre y cuando esta diferenciación tenga una función para cumplir; es la existencia de un código propio lo que determina qué tipo de comunicación pertenece al sistema y cuál al ambiente. El Derecho es, con todo esto, un sistema social que en su diferenciación utiliza el código jurídico/antijurídico, y así un sistema autopoiético cerrado, compuesto por comunicaciones de carácter jurídico determinadas al mismo tiempo por estructuras de la misma categoría.

[4] La dicotomía sociedad-ambiente es *uno* de los elementos que le permite al funcionalismo penal explicar el concepto de normativismo.[9] JAKOBS, haciendo uso de la diferenciación entre sistemas sociales y sistemas psicofísicos, afirma: "Si se concibe a los individuos humanos como animales inteligentes, el código conforme al que se conducen es exclusivamente el siguiente: satisfacción o insatisfacción; expresado de modo más cortés: interés en la producción de un acontecimiento/o en su ausencia. Si no se avanza más allá de esta perspectiva, los conceptos normativos son meras metáforas que han de ser recognitivadas para que pueda desentrañarse su contenido".[10] El normativismo, por esto, no se explica con la psicología o la conciencia individual de los partícipes en la comunicación, con el mundo de la experiencia. Sin embargo, sin referencia a este mundo fáctico, al ambiente, el normativismo no puede fundamentarse. Esto puede aclararse retomando la relación sistema-ambiente: a pesar de que el Derecho Penal es un subsistema social, el ambiente juega un papel consistente en permitir al Derecho su diferenciación como sistema normativo autónomo. El ambiente del Derecho no puede aportar todos los contenidos al sistema, sin embargo es la contrapartida necesaria para lograr su diferenciación. En efecto, para la existencia de la sociedad y los subsistemas sociales, es necesario tematizar la presencia del medio respectivo al igual que los propios elementos del sistema.[11] Ejemplificativamente podríamos referirnos a los sistemas Derecho Penal y política. Aunque éstos son sistemas autónomos, con las características antes ex-

9 El concepto de normativismo y la renormativización de las categorías del delito emprendida por el Derecho Penal de Günther JAKOBS y su escuela no sólo se nutren de la teoría de los sistemas con la dicotomía aquí apuntada. También tienen en cuenta otros elementos teóricos, los cuales permiten la aprehensión de lo normativo en una sociedad y época determinadas, siempre desde la perspectiva del Derecho Penal. Por ejemplo, el cambio metodológico que implicó el giro lingüístico a principios del siglo XX; un entendimiento distinto del concepto de razón; el constructivismo y el entendimiento del Derecho como un sujeto epistémico.

10 JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, CANCIO MELIÁ y FEIJÓO SÁNCHEZ (trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pág. 15.

11 LUHMANN, *Soziale Systeme*, cit., págs. 288 y sigs.

puestas, también tienen varios puntos de contacto, sin que esto sea contradictorio con su propia autonomía. Si se piensa en la figura del delito político, se puede afirmar que el sistema Derecho Penal será el que determine su concepto. Sin embargo, recibe en esta tarea premisas del sistema político (la administración, los partidos políticos, etc.). El Sistema Derecho Penal podrá ofrecer, por su parte, la cobertura jurídica necesaria. En nuestro caso, una concepción concreta del delito político, para que el sistema realice, precisamente, su poder político (por ejemplo, decisiones sobre extradición, indultos o amnistías).

B) Las expectativas de expectativas. Las normas como expectativas de conducta

[5] El normativismo está relacionado con la estructura de la sociedad. Con el concepto de comunicación y la forma como ésta debe ser tratada en un sistema jurídico, referido a normas vinculadas a la función que cumple el Derecho Penal. Por ende, no pueden ser concebidas desde la perspectiva de la dogmática penal tradicional: como supuesto de hecho y disposición correlativa. En un sistema de Derecho Penal funcional la norma está referida a expectativas de comportamiento estabilizadas contrafácticamente.[12] En este punto, encontramos otra de las consecuencias importantes de considerar el Derecho Penal desde una perspectiva social: si lo que interesa es la comunicación, que cada sujeto transmita con su comportamiento un mensaje determinado, con un sentido igualmente definido, los intervinientes en la comunicación social conocerán qué expectativas contienen los comportamientos ajenos y, por lo tanto, qué esperan los demás de ellos. Es decir, expectativas

12 Cfr. Jakobs, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (en adelante citado como *Derecho Penal*), Madrid, 1995, págs. 9 y sigs.; Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt a. M., 1994, págs. 87 y sigs.; Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, Köln *et al.*, 1999, págs. 184 y sigs.; Íd., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt a. M., 1992, págs. 240 y sigs.; Reyes Alvarado, *Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung*, *ZStW* 105, 1993, págs. 116 y sigs.; Íd., *Imputación objetiva*, Bogotá, 1996; Vehling, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt a. M., 1991, págs. 91 y sigs.

de expectativas.[13] Los individuos podrán así orientarse y encontrar la forma más apta de regular sus relaciones con los demás, pues existe seguridad tanto del comportamiento propio como del ajeno. Las pautas comunes que transmiten esta seguridad, tendrán que ser dadas indispensablemente por el Derecho. La concepción normativa de la sociedad permite coordinar las acciones de los participantes en la interacción, a través del establecimiento de expectativas de conducta que no sólo incluyan la conducta ajena sino también el carácter selectivo de la misma, de manera que las expectativas ajenas puedan ser también esperadas.[14] No sólo se espera algo del otro sino que también se valora lo que la propia conducta significa para el esperar ajeno.

[6] Norma en sentido jurídico-penal es la expectativa normativa, esto es, una expectativa que incluye su manifestación en caso de que sea frustrada. La garantía de estas expectativas y su estabilización contrafáctica corresponde al sistema jurídico, por ende, al Derecho Penal. Éste debe proteger aquellas comunicaciones con sentido que son básicas para el mantenimiento de la constitución social. Debe proteger la norma en cuanto expectativa contra-fácticamente estabilizable. Entonces, es la posibilidad de transmitir un determinado sentido, la posibilidad de comunicar, lo que hace que puedan surgir expectativas. No obstante, para poder hablar de expectativas relevantes en el Derecho Penal se tiene que tratar de expectativas normativas. Una vez más, expectativas que se mantienen a pesar de que puedan ser defraudadas por una persona individual. Ante esta clase de expectativas el Derecho Penal reacciona contrafácticamente para respaldarlas.[15]

---

13 Desde la perspectiva sociológica LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Opladen, 1987, págs. 27 y sigs.; ÍD., *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1997, págs. 135 y sigs.

14 Sobre el problema de la complejidad y la doble contingencia, LUHMANN, *Rechtssoziologie*, cit., págs. 31 y sigs.

15 Según LUHMANN, el problema que supone la doble contingencia de la interacción humana hace necesario que el futuro se prevea en relación con expectativas comunes que permitan la sincronización de la conducta social. Las expectativas pueden configurarse de dos formas y en relación con los mecanismos de que dispone el sistema para responder al problema de la frustración: se puede tratar de expectativas cognitivas

C) Las expectativas normativas como mecanismo de la orientación social

[7] Esta exposición teórica encuentra su asiento en los más sencillos capítulos de relaciones interpersonales. La estructuración de una sociedad, cualquiera que sea, es el punto de partida de toda formación jurídica. Precisamente, la configuración de la sociedad actual deja al descubierto un sinnúmero de procesos complejos, creados por la creciente interdependencia, que obligan al derecho a generar mecanismos que permitan a los miembros de la interacción desarrollar una vida acorde con sus necesidades. El Derecho Penal con orientación funcionalista quiere ofrecer una respuesta a esto: se trata de garantizar, de la mano de expectativas normativas, que la intervención de los sujetos en el tráfico diario se produzca de tal forma que ninguno de ellos se vea impedido en sus actividades. En pocas palabras, de facilitar la orientación en sociedad. Los ciudadanos, como participantes en el tráfico rodado, pueden esperar que los demás participantes se comporten conforme a aquellas reglas que la misma sociedad ha establecido para la regulación de dicha actividad. Pueden esperar, por ejemplo, que cuando la luz del semáforo esté en verde, los demás intervinientes en el tráfico detengan la marcha para así evitar colisiones que precisamente perturben el normal ejercicio del tráfico rodado. La organización normativa de la sociedad, esto es, a través de expectativas, permite que en el Derecho Penal opere el "principio de confianza": a pesar de que las defraudaciones de las expectativas son previsibles, nadie organiza la vida pensando en que los demás van a incumplir sus deberes; por el contrario, se confía en su cumplimiento, pues de lo contrario no habría dinámica en la sociedad.

---

o de expectativas normativas. Las primeras son aquellas ante cuya frustración cabe la alternativa de que sean modificadas y adaptadas a la realidad. Son expectativas dispuestas a aprender de la realidad frustrante. Las segundas son las que no se modifican en caso de no coincidir con la realidad. Piénsese por ejemplo en las expectativas que surgen del tráfico rodado: el que un conductor no cumpla con las expectativas que se tienen respecto a su conducta como participante en estas actividad no lleva a que esta expectativa decaiga. Por el contrario, ésta se mantiene y se busca la recomposición de su efectividad eliminado la infracción.

Esto tan elemental para el desarrollo de la interacción es el resultado de la evolución de la sociedad y de la complejidad que se va alcanzando; quizás estos planteamientos no cobrarían la importancia que hoy alcanzan si el análisis se realizara en el interior de una sociedad donde, por ejemplo, no hay vehículos automotores. Sin embargo, también en ese tipo de sociedades habría otros problemas para solucionar con base en garantías normativas. Así pues, la interrelación en sociedad presupone la existencia de expectativas; "no hay otra opción posible: o interrelación y expectativas, o 'estado natural' y caos".[16] Para el caso del Derecho Penal se trata de expectativas aseguradas normativamente. Por ejemplo, la expectativa de no ser privado de la libertad por una persona cualquiera para ser despojado del vehículo que se conduce, etc.

[8] En este punto, vale la pena aclarar el significado que tiene para el Derecho Penal el problema de la doble contingencia y, en el sentido de interpretación de LUHMANN, la existencia de expectativas de expectativas. Esto tiene como consecuencia que en aras de posibilitar la interacción social no sólo se pueda esperar una conducta ajena, sino que también se pueda esperar las expectativas de esta persona. Se trata de una estructuración reflexiva de expectativas de expectativas. El conductor del vehículo, en nuestro ejemplo, no sólo espera que los otros intervinientes detengan la marcha, sino también que ellos esperen que él va a conducir en verde y detenerse en rojo. Sólo así se obtiene el grado de cohesión necesario para que el tráfico rodado y, en este orden de ideas, cualquier actividad que comporte una interrelación personal se desenvuelva de forma coordinada. Las expectativas normativas presuponen que se incorporen en el esperar tanto la conducta ajena como las expectativas. "Este esperar expectativas es necesario para todo comportamiento que contemple al hombre como hombre: tanto para el mantenimiento del orden como para su destrucción, para la cooperación como para el con-

16 SÁNCHEZ-VERA, "Algunas referencias de historia de las ideas como base de la protección de expectativas por el Derecho Penal", *CPC* No. 71, Madrid, 2002, pág. 396.

flicto";[17] lo que se busca es la coordinación de comportamientos anónimos a través de normas.

D) La generalización de expectativas, y la forma de respuesta a su defraudación

[9] Las normas de que trata el Derecho Penal, en cuanto expectativas normativas, protegen a causa de su generalización social. A través de dicha generalización se alcanza un consenso sobre el comportamiento social general que, por ende, facilita la determinación de aquello que puede ser esperado. La generalización congruente de expectativas de conducta, y esto para explicar el proceso de generalización sufrido por una expectativa de tal categoría, se da en tres dimensiones de sentido: en una dimensión temporal, una social y una material.

1. En la *dimensión temporal* se trata de normación, esto es, de la diferenciación entre expectativas cognitivas y normativas, y de la existencia de mecanismos para la superación de frustraciones. A través de la generalización temporal de las expectativas el sistema social crea ciertos mecanismos para que los ciudadanos puedan seguir confiando en ellas a pesar de su defraudación. De acuerdo, entonces, a la forma como se reacciona frente a un suceso que se presenta de una manera distinta a la esperada se habla de expectativas cognitivas y normativas. Las primeras hacen referencia a las relaciones del hombre con los sucesos de la naturaleza. Las segundas, a las relaciones del hombre con los demás miembros de la interacción social. Las diferencias tienen como fundamento que es muy distinta la respuesta que se da ante una regularidad de la naturaleza, que ante un hecho social.

   Frente al incumplimiento de una expectativa cognitiva, ¿cómo debe reaccionar el hombre? ¿Mantiene la expectativa frente a la naturaleza o debe cambiar su comportamiento? Si alguien que durante años ha cons-

17 Luhmann, "Normen in soziologischer Perspektive", en *Soziale Welt* 20, 1969, págs. 28 y sigs., 32.

truido su casa de madera a una determinada distancia de una fuente de agua, sobre la base de que aun en caso de que el río se desborde el torrente no alcanzará la construcción, observa que debido a los cambios atmosféricos la corriente amenaza continuamente la vivienda y termina por arrasarla, cuál debe ser su comportamiento: ¿volver a construir la casa en el mismo lugar, o cambiar de sitio calculando que de esa manera el agua no la alcanzará en caso de desbordamiento? En estas situaciones, la persona no puede mantener la expectativa y el conflicto se resuelve cambiando la propia conducta.

La respuesta a la defraudación de una expectativa normativa es distinta. Cuando otro miembro de la interacción social se comporta en forma diversa a lo esperado, el hombre puede seguir confiando en esa expectativa a pesar de su incumplimiento, porque el sistema social tiene un mecanismo para que se mantenga como modelo de la orientación social: la sanción. A través de esta el Estado pone de presente que, a pesar de que se ha quebrantado una norma de conducta (hay una negación), el ciudadano puede seguir confiando en ella, porque con la imposición de la pena se afirma que no rige la especial concepción del mundo que tiene el sujeto infractor (hay una negación de la negación), y por ende que las personas pueden seguir orientando su conducta con base en las expectativas generales. Es decir, con la imposición de la pena se mantiene la vigencia de la norma como modelo del contacto social. Ejemplo: una persona transita por la calle en su vehículo y tiene en un semáforo derecho de prelación. No obstante, otro ciudadano quebranta la norma de tránsito y le produce una lesión. En esta hipótesis, a pesar de la defraudación de la expectativa (el respeto al derecho de prelación) las personas pueden seguir orientándose sobre la base de que los demás cumplirán en el futuro las normas del tráfico automotor, porque con la imposición de una pena el sistema reafirma que siguen vigentes unas determinadas expectativas. La sanción sirve para la estabilización de las expectativas sociales.[18]

18 Cfr. GIMÉNEZ ALCOVER, *El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Madrid, 1993, págs. 189 y sigs.

Entonces, las expectativas de que trata el Derecho Penal son aquellas que, ante su defraudación, siguen vigentes, esto es, pueden seguirse tomando como modelo de orientación —expectativas normativas—. El Derecho generaliza expectativas de forma congruente, en cuanto en el plano temporal responde al conflicto entre lo que se espera que suceda en el futuro y lo que efectivamente llega a suceder en este futuro. Por medio de la expectativa normativa ya se establecen las condiciones de su mantenimiento. La norma jurídico-penal como expectativa normativa lleva implícita entonces la reacción ante su defraudación, ella contiene su propio mecanismo de reacción cuando sea frustrada; se está hablando evidentemente de la pena como estabilización de la expectativa.

2. En la *dimensión social* la generalización de estas estructuras de expectativas sucede a través de institucionalización; es decir, éstas serán protegidas por la expectativa del consenso de terceros. Las expectativas estarán generalizadas en esta dimensión cuando, a pesar de la existencia de individuos que no están de acuerdo con ellas, puede afirmarse el consenso: "En la medida en que las normas puedan aparecer como modelos de orientación en los contactos sociales, no se trata por esto solamente de *cuáles* organizaciones de comportamientos se puede esperar, sino que se trata al mismo tiempo de que también se puede suponer consenso y así al mismo tiempo esperar también validez".[19] Las expectativas normativas relevantes para el Derecho penal, en cuanto expectativas de expectativas, *llevan implícita la existencia de un determinado consenso* en torno a ellas, pues sólo así es posible la comunicación entre los interactuantes en sociedad. Sin embargo, y esto para aclarar, la creciente diferenciación social no permite afirmar hoy en día que las expectativas sean comunes a los intervinientes, que pueda suponerse un consenso real de todas las personas respecto de todas las expectativas, por lo que se necesitan principios de identificación comunes a los participantes en la interacción que, si bien mostrarán un determinado grado de abstracción, serán referidos a *roles* concretos. En consecuencia, las expectativas que garantiza el Derecho Penal serán abstractas, en la medida en que no están referidas a una per-

19 Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, cit., pág. 189.

sona determinada, sino que por el contrario tienen como fundamento el rol que a esta a persona le corresponde desempeñar. Entonces, del conductor que participa en el tráfico rodado no se espera que se detenga ante el semáforo en rojo porque es Juan Lanas; por el contrario, se espera ese determinado comportamiento porque contribuye al normal devenir social y facilita los contactos sociales anónimos. En este caso, el normal desarrollo de la circulación vial. El rol, en cuanto instrumento de que dispone la sociedad moderna a través del Derecho para institucionalizar, para suponer consenso, puede tener diversas manifestaciones: puede presentarse más o menos general, referido a la necesidad de un mínimo de posibilidades de interacción, o puede estar concretado a determinadas personas y contribuciones por la específica constitución y grado de desarrollo del conglomerado. El rol mínimo que se debe tener en cuenta en Derecho Penal es precisamente el de "persona", esto es, el del sujeto que tiene que respetar las esferas jurídicas de actuación y desarrollo ajenas; al lado de éste se encontrarán, y, como se dijo, esto depende de la determinada constitución social, otros roles más concretos que, sin embargo, no podrán escapar a ese mínimo de posibilidades de interacción que deben ser garantizadas en toda sociedad.

La identificación de roles en concreto, esto es, en un supuesto de hecho determinado, hace posible saber qué comportamiento se mantuvo en el marco del rol y cuál defraudó las expectativas generadas por él. El criterio del rol es, entonces, el instrumento teórico para establecer los límites del juicio de imputación en el caso de referencia. En consecuencia, él sirve también, como se verá, para el entendimiento del criterio de *la prohibición de regreso*, donde se analizan las hipótesis en las que alguien, sin defraudar las expectativas que genera su rol, crea una situación que puede ser aprovechada por otro para realizar una conducta delictiva.

3. Por último y en íntima conexión con lo anterior, en la *dimensión material* se trata de la fijación de sentido de las estructuras de expectativas. De la fijación de los temas con base en los cuales se puede establecer de una

forma más concreta la expectativa, los principios de identificación en que ellas se basan.[20]

[10] Resumiendo lo anterior y en relación con la norma en Derecho Penal: **(i)** Una expectativa está congruentemente generalizada cuando se asegura su vigencia a pesar de las frustraciones; **(ii)** Cuando, y esto teniendo en cuenta que ya está generalizada temporalmente (pues ya es una expectativa normativa resistente a la defraudación a través de la posibilidad de imposición de pena),[21] se asigna consenso, es decir, está institucionalizada (referida por lo menos al rol de persona en Derecho) y, **(iii)** Por último, cuando se tiene referencia a los contenidos (si bien abstractos, identificables) de las expectativas. Las normas de las que trata el Derecho Penal están estructuradas, en consecuencia, como expectativas estabilizadas contrafácticamente. Expectativas que expresan la necesidad de un entendimiento normativo de la sociedad, facilitando así la interacción anónima entre los actores sociales.

III. Persona y sociedad

A) La persona como construcción social y sujeto de imputación

[11] Una concepción moderna de Derecho Penal entiende por sociedad la validez de por lo menos una norma, y por ella se deberá comprender, como se expuso, aquella expectativa de comportamiento (generalizada congruen-

20 Cfr. al respecto Luhmann, *Rechtssoziologie*, cit., pág. 94.

21 A pesar de que la generalización congruente de expectativas de comportamiento se realiza en las tres dimensiones, la temporal, la social y la material, cuando se alude a normatividad se está haciendo referencia primordialmente a la dimensión temporal: "Normatividad no es otra cosa que contrafacticidad, susceptibilidad de no aprendizaje ante la falta de ajuste con la realidad, frente a la cognitividad, que favorece y hasta demanda un estilo abierto al aprendizaje de lo nuevo": Prieto Navarro, "Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social", en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, págs. 265 y sigs., 269.

temente) de una persona determinada.[22] La norma jurídico-penal válida es una norma de interacción, por lo tanto, sociedad. Pero si en un Derecho Penal funcional la persona se define a través de lo colectivo, esto es, a través de las normas, no se está haciendo referencia a la persona en cuanto naturaleza sino, por el contrario, en referencia a su significado para el Derecho. Se está haciendo alusión a un concepto normativo de persona, a una "construcción considerada específicamente de forma normativa".[23] Por esto, el concepto de persona en Derecho Penal resulta importante y tiene su punto culminante en tratándose de la imputación personal. La persona en Derecho es el sujeto de imputación y no el sujeto considerado en su naturaleza individual, ni un *homo phaenomenon* ni un *homo oeconomicus,*[24] solamente aquel portador de derechos y deberes.[25] El individuo es, por esto, ambiente de la

22 JAKOBS, "Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung", *ARSP* 74, 2000, págs. 57 y sigs.

23 KELSEN, *Hauptprobleme der Staatrechtslehre entwickelt aus der Lehre von Rechtssätze*, Tübingen, 1911, pág. 142; también en este sentido LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, cit., págs. 3 y sigs.

24 JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, Berlin, *et al.*, 1997, págs. 63 y sigs.; ÍD. *Sociedad, norma y persona en una teoría del Derecho Penal Funcional*, cit., págs. 49 y sigs.; ÍD. *Sobre la normativización en la dogmática jurídico-penal*, cit., pág. 16.

25 La definición tradicional de que el ser humano es considerado persona en la medida en que disfruta determinados derechos en la sociedad civil debe ser complementada con la afirmación de que "con el disfrute de derechos se encuentra vinculado igualmente de forma primigenia el soporte de deberes": JAKOBS, "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", SUÁREZ GONZÁLEZ (trad.), en *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje a Günther JAKOBS*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 325 y sigs., 328; en este sentido ya KELSEN. *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960: "La persona [...] no es algo diferente a los deberes jurídicos y los derechos subjetivos [...] [ella] es solamente la personificación de esta unidad" (pág. 177); cfr. también RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 4a. ed., Stuttgart, 1950, pág. 231. Este concepto de persona en Derecho, no implica que la inclusión de personalidad exprese una carga insoportable en el sujeto de imputación como es expresado en la doctrina penal con mucha frecuencia; por el contrario y como se verá más adelante, un deber implica siempre un Derecho, y aun el deber más general un Derecho (en este caso la libertad práctica).

sociedad, y en cuanto ésta se considere como sistema de la comunicación a través de normas, no están dirigidas a aquél, sino a la construcción jurídica que el Derecho Penal Funcionalista califica como persona: "tanto en el punto de partida del sujeto de Kant como en el punto de partida de la teoría social, el mundo normativo configura un sistema propio, que, especialmente, no es idéntico con el mundo ordenado en función de satisfacción e insatisfacción del individuo, y decide automáticamente cuáles son los procesos en el mundo de los sentidos que son relevantes para el mundo normativo y cuál es el significado del que se trata [...] Persona es, por lo tanto, el destino de expectativas normativas, la titular de deberes, y en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a otras personas; la persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social [...] Persona es algo distinto de un ser humano, un individuo humano; éste es el resultado de procesos naturales, aquella, un producto social",[26] y en un sistema de imputación "queda excluido que se conciba al destinatario de la imputación antes de la sociedad."[27] Esto no significa, sin embargo, que haya una desconexión total de la influencia del individuo como tal; por el contrario, el Derecho Penal estructura las expectativas en referencia al individuo, ya no entendido como sistema psíquico, sino como centro de identificación de dichas expectativas.

---

también general por antonomasia. Además, la capacidad de rendimiento del concepto se muestra en sede de la teoría de la imputación objetiva, cuando de la mano del concepto central de adecuación social se determine qué estándares debe respetar la persona. Sobre la teoría de la adecuación social, Cancio Meliá, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, Bogotá, 1994.

26 Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, cit., pág. 20.

27 Íd; *Culpabilidad en Derecho Penal*, Cancio Meliá y Sancinetti (trads.), Bogotá, 2003, pág. 48. Últimamente acerca de los conceptos de exclusión e inclusión y, en consecuencia, sobre la exclusión del concepto de persona de quien no pueda ser portador de deberes y obligaciones, de quien se encuentre aislado parcialmente de la posibilidad de detentar determinados deberes y obligaciones, Jakobs. "Personalität und Exklusion im Strafrecht", en *Libro homenaje a Spinellis*, Berlin, 2001, págs. 447 y sigs.

[12] El sujeto de imputación, la idea de persona, se expresa significativamente en la posición de garante. El funcionalismo en Derecho Penal parte de la vinculación jurídica. Esto es, de saber cuáles son los deberes generales y concretos de los miembros de una sociedad. El saber cuándo se es garante, es indispensable para establecer competencias en situaciones específicas y tener claridad sobre los roles que se desempeñan. Ante la defraudación de estos roles procede, en un segundo momento, un juicio de imputación. Otra aplicación concreta del concepto de persona en el campo penal se aprecia en la discusión sobre la existencia de conocimientos especiales. Se trata de aquellas situaciones en las cuales el agente cumple un rol determinado (por ejemplo, el famoso caso del estudiante de biología que trabaja de mesero en un restaurante), pero además posee información que rebasa el límite exigido por su rol en el caso concreto (el estudiante sabe, en virtud de su formación universitaria especializada, que algunas de las setas que sirve son venenosas). En estos casos, la claridad acerca del deber, de la competencia y el rol, en resumidas cuentas, de la calidad de persona en el caso concreto, será lo decisivo para resolver el conflicto.

B) La constitución normativa de la sociedad

[13] El Derecho Penal Funcional toma como base la idea de sociedad en su constitución normativa. Es decir, el análisis de la sociedad como compendio de normas que tienen una caracterización propia. Norma es la expectativa de comportamiento a través de la cual el sujeto, considerado en su individualidad, alcanza una identidad normativo-social. Esto es, puede ser considerado como persona.[28] El mantenimiento de la sociedad así entendida, de las normas, es la función que se le asigna al Derecho Penal. Es decir, ante los atentados contra la vigencia de las normas estructurantes de una determinada sociedad. Preservar la sociedad bajo estas características es la función del Derecho penal. De esta manera, la identidad social del individuo, la personalidad jurídica del sujeto, también será preservada.

---

28 JAKOBS, *Derecho Penal*, pág. 16.

El Derecho se muestra como un subsistema de la sociedad que busca la solución de los conflictos qua atentan contra su identidad social y reacciona ante un comportamiento individual que proyecta una expresión de sentido referida al Derecho: se trata de la defraudación de una expectativa normativa relevante para el Derecho Penal, un comportamiento mediante el cual el autor demuestra que pone en tela de juicio la validez de la norma. "Esto significa que para la interpretación del injusto penal no se está ante la valoración de sucesos del mundo exterior sino que se toma el significado de éstos para la vigencia de la norma".[29]

[14] Las cortas reflexiones anteriores sobre una de las bases teóricas del funcionalismo en Derecho penal dejan al descubierto la significativa influencia de los planteamientos de sociología jurídica. En especial, de los aportes de Luhmann y su teoría de los sistemas. No se trata, sin embargo, de la asunción de un marco teórico en su plenitud. Se trata de la utilización de aquellos mecanismos que la sociología del Derecho está en capacidad de ofrecer para el trabajo de la ciencia del Derecho penal, sin que ésta renuncie a los postulados básicos sobre los que siempre ha estado constituida y que son el objeto del trabajo del teórico penal. Como el Derecho tiene su punto de partida en la sociedad y es precisamente en ella donde se deben buscar los lineamientos del desarrollo de esta ciencia, resulta necesario la utilización de todas aquellas herramientas que permitan entender la realidad social en su compleja estruc-turación.[30] El material que la sociología ofrece no puede ser considerado como algo aislado de la ciencia jurídica; por el contrario, sirve para ofrecer modelos coherentes de explicación de los fenómenos que produce la sociedad. La incorporación de elementos sistémicos

29 Lesch, *Intervención delictiva e imputación objetiva,* Sánchez-Vera Gómez-Trelles (trad.), Bogotá, 1995, pág. 91.

30 Sobre la necesidad de una orientación sociológica en Derecho Penal y haciendo énfasis en que los fundamentos sociológicos presentes en el Derecho Penal Funcionalista actual devienen de una larga tradición sociológica e iusfilosófica, Sánchez-Vera, *Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho Penal*, págs. 391 y sigs.

en la explicación y el análisis del funcionamiento de una determinada sociedad son necesarios para el desarrollo de la dogmática penal. Incorporarlos hasta sus más extremas consecuencias, significaría la renuncia a aspectos que la dogmática penal ha ganado para sí en algo más de doscientos años. Los aportes del funcionalismo a la evolución y modernización de la dogmática penal se muestran indispensables a causa de la compleja estructuración de la sociedad actual. Sólo una teoría con capacidad de rendimiento puede ofrecer herramientas adecuadas a la correcta percepción de los problemas sociales que la ciencia jurídica tiene para solucionar. Una ojeada externa, sin embargo, y con esto nos estamos refiriendo a la utilización de otros posibles campos de argumentación diferentes a los presupuestos sociológicos mencionados, no sólo lleva a que el discurso del Derecho Penal se desdoble en análisis distintos, sino también a que se enriquezca —lo que en nuestra opinión resulta imprescindible— y obtenga los matices necesarios para la correcta explicación de la función, los elementos y la razón de ser del sistema jurídico-penal.[31]

31 Los nuevos aportes del Derecho Penal funcionalista encuentran su punto culminante, en nuestra opinión, en el concepto de persona en Derecho, el cual a su vez muestra su capacidad de rendimiento en tratándose de la imputación personal. En este sentido, la persona es aquella construcción que permite determinar a quién se le debe imputar en un proceso, precisamente de imputación, la lesión del Derecho; se trata entonces de determinar si esa persona estaba obligada, si tenía un deber jurídico en una situación concreta (sobre el concepto de deber jurídico relevante para el Derecho Penal, PERDOMO TORRES, "El concepto de deber jurídico", en *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje a Günther JAKOBS*, cit., págs. 229 y sigs.). En consecuencia, la determinación del deber relevante para la imputación en el caso concreto es también parte esencial de la imputación penal; saber cuándo una persona se encuentra obligada jurídico-penalmente plantea la necesidad de un análisis penal "externo", esto es, considerando las particularidades que ofrece la sociedad concreta (formada por individuos) y cuya explicación escapa, *en un primer momento*, a la visión funcional-sistémica del Derecho Penal concebido como subsistema social. Saber, y esto para mencionar sólo un ejemplo, cuándo se está ante una expectativa normativa de comportamiento generalizada congruentemente y entonces hacer juicios de institucionalización y del carácter normativo de una expectativa, implicará que las dos dimensiones, la de la normación y la de institucionalización, se unan en el procedimiento judicial (LUHMANN).

C) Persona y configuración normativa

[15] La persona en Derecho, el sujeto de imputación penal, se define a través de normas jurídicas, a través de la sociedad en su configuración normativa. Este concepto de personalidad se orienta a la función que cumple el Derecho Penal, es decir, a la función de garantizar la identidad normativa de la sociedad, a la posibilidad de orientación con base en expectativas normativas como estructuras sociales. A la persona jurídico-penal se le asigna un deber, y éste, en sentido general, no puede ser otro que el de fidelidad al Derecho. En una expresión, el deber de no delinquir,[32] pues de lo contrario el Derecho renunciaría a su posibilidad de existencia, a la posibilidad de

---

Se determina así el carácter normativo, esto es, la norma y, por lo tanto, el deber para el caso concreto, pues sólo allí se tiene la "madurez jurídica" necesaria para determinar la situación de deber en forma definitiva. Además, también el trabajo del dogmático penal, aun cuando éste cabe por fuera del sistema para explicar muchas de sus particularidades, contribuye a la reproducción del mismo sistema jurídico desde su misma perspectiva, por lo que en principio el sistema encuentra los mecanismos y herramientas para su autodescripción y autoreproducción; en estos dos eventos las dos dimensiones, la cognitiva y la normativa, resultan combinadas a través de operaciones del sistema mismo, y esto a través de una jurisprudencia social o una dogmática adaptada a la realidad. Sin embargo, si se quiere "hacer Derecho Penal" y no sociología, nos parece casi obligado renunciar a la claridad de las fronteras del sistema. Es decir, a la idea de la autopoiesis aplicada al Derecho Penal y, en este sentido, a la total diferenciación entre sistemas psicofísicos y sistemas sociales, en aras de facilitar el trabajo del Derecho Penal frente a la realidad. De forma más concreta, en aras de poder imputar hechos punibles, *entendidos como expresiones de personas a las cuales se les puede asignar una conciencia*, pues "por medio del cuerpo —y de otras propiedades— la persona está 'aquí', la consciencia es necesaria porque la comunicación se halla estructuralmente acoplada a ella" (Jakobs, *Sobre la normativización en la dogmática jurídico-penal*, cit., pág. 20); cfr. al respecto y en un análisis detallado y bien logrado de la influencia de Luhmann en la teoría penal García Amado, "¿Dogmática penal sistémica?", en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 2000, págs. 223 y sigs.

32 Jakobs, "Zur gegenwärtigen Straftheorie", en Kodalle (ed.). *Strafe muss sein! Muss strafe sein?*, Würzburg, 1998, págs. 32 y sigs.

garantía del entendimiento normativo-social, y no sería otra cosa que medio de coacción. Este deber básico del sistema de Derecho Penal (fidelidad con respecto a las expectativas normativas jurídico-penales) encuentra su correlación en un derecho también general, en *el derecho a la libertad práctica* expresado en la reciprocidad propia de una relación de reconocimiento precisamente como persona en Derecho con determinadas expectativas. Con este concepto de persona, que encuentra su campo definitorio entre el deber de fidelidad al Derecho y la libertad de actuación en sociedad, el Derecho Penal funcionalista toma como base una tradición filosófica cuya más importante expresión, en lo que respecta a la libertad práctica, a una idea normativa de libertad, deviene de los planteamiento de Inmanuel KANT.

Este deber general de no delinquir permite entender la relación entre la teoría de la pena y la categoría dogmática de la culpabilidad. Al sujeto se le impone la pena porque ha infringido este deber general, de manera que la culpabilidad no se define modernamente como el "poder" actuar de otro modo (capacidad de observar el deber), sino a través del "deber" de actuar conforme a Derecho. Lo decisivo en el juicio de imputación es la infracción al deber, y esto apunta a un moderno concepto normativo de culpabilidad.

D) Filosofía práctica y libertad

[16] La libertad siempre ha sido el punto de referencia de todas las elaboraciones en el campo de la filosofía práctica. Por ende, se ha buscado que las normas y, en consecuencia, la imposición de deberes se justifiquen desde puntos de vista relacionados con la libertad del sujeto. Con base en ello, la filosofía práctica eleva al individuo, considerado como ente físico, a la categoría de sujeto práctico que se define a través de la idea de libertad, aportándole así el material con el cual éste puede interactuar; la libertad cobra su mayor expresión, por tanto, en el actuar de un sujeto que sabe cómo *debe* relacionarse con los demás. Sin embargo, esto que se ha ganado hasta hoy y que resulta actualmente una verdad de Perogrullo, es el resultado de una

larga evolución teórica del concepto de libertad.[33] Muchas han sido las teorías que han tratado la idea de libertad. No obstante, el punto de coincidencia de la filosofía práctica moderna se asienta en el paradigma de la autolegislación o normación autónoma,[34] según el cual el individuo mismo aparece como autor de un proceso de aseguramiento de la voluntad libre,[35] y esta voluntad libre implica la posibilidad de autodeterminación individual de acuerdo con normas dictadas por ésta, independientes de leyes externas, pues están asociadas a la voluntad racional del sujeto.[36] El concepto del sujeto como un ser autónomo explica instituciones de la imputación objetiva, como las acciones a propio riesgo. Este paradigma surge ya con las teorías contractualistas de los siglos XVII y XVIII y experimenta una rica y fructífera evolución con la filosofía idealista alemana,[37] sobre cuya idea normativa de libertad, en especial la exposición realizada por Hegel, el Derecho Penal funcionalista, como se apuntó, estructura la génesis de la obligación jurídica.

[17] La filosofía política de Thomas Hobbes es el punto de partida de la idea de individuo libre y soberano, el comienzo de la filosofía individualista con su mayor expresión en la idea del contrato. Sin embargo, en Hobbes la libertad no tiene un punto de referencia externo, por fuera de la idea del sujeto que la detenta. Esto es, el concepto hobbesiano de libertad es instrumentalista, en éste la libertad del sujeto se impone ante cualquier obstáculo,

---

33 Una exposición detallada sobre esta evolución y las diferentes expresiones del sujeto libre en Pawlik, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln *et al.*, 1998, págs. 7 y sigs.

34 Cfr. Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Darmstadt, 1996, págs. 11 y sigs.; Seelmann, *Rechtsphilosophie*, 2a. ed., München, 2001, págs. 154 y sigs., en especial 171 y sigs.

35 Habermas; "Individualisierung durch Vergesellschaftung. Zu George Herbert Meads Theorie der Subjektivität", en íd; *Nachmetaphysisches Denken*, Frankfurt a. M., 1988, pág. 220.

36 Siep, "Der Freiheitsbegriff der praktischen Philosophie Hegels in Jena", en íd; *Praktische Philosophie im Deutschen Idealismus*, Frankfurt a. M., 1992, pág. 159.

37 Cfr. Pawlik, *La realidad de la libertad. Dos estudios sobre la filosofía del Derecho de Hegel*, en prensa.

y ello como consecuencia de que el individuo tiene un derecho a todo y está libre de cualquier condicionamiento social.[38] La libertad es el instrumento para alcanzar su propio interés. El concepto del contrato surge en HOBBES para lograr otro estado diferente a éste de naturaleza; sin embargo, resulta como expresión precisamente de este juego de intereses individuales. En éste, aquel que pueda determinar las relaciones de poder será el ganador y no podrá ser destruido;[39] en el contrato el estado de naturaleza es suspendido de forma calculada, mas no sobrepasado de forma normativa.[40] Por esta razón, el funcionalismo penal no puede ofrecer tributo a dicha idea de libertad. Si de lo que se trata es de la garantía de la comunicación entre personas que se reconocen como iguales, no puede haber espacio para algún tipo de comunicación donde el otro sea utilizado para el logro de los propios objetivos a costa de todo. Donde sea tratado como una máquina que "no tiene derecho a ser utilizada correctamente".[41]

---

38 HOBBES, *Leviatan, oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates* (1651), citado según la edición en alemán editada por FETSCHER, Frankfurt a. M., 1966, cap. 13, págs. 94 y sigs.

39 SPINOZA, *Theologisch-Politischer Traktat*, 2a. ed., Hamburg, 1670, pág. 238.

40 KINDHÄUSER, "Rechtstreue als Schuldkategorie", *ZStW* 107, 1995, págs. 701 y sigs., 704; en este sentido es de resaltar la crítica de LUDWIG FEUERBACH a HOBBES. Este autor considera el Estado de HOBBES, por decirlo así, incompleto o estado de naturaleza, en cuanto la unidad que se logra es solamente resultado de la arrogancia individual; los ciudadanos permanecen entonces frente a esa unidad como una *multitudo disoluta*: L. FEUERBACH, *Geschichte der neuern Philosophie von Bacon von Verulam bis Benedikt Spinoza*, 1833, citado según la *Gesamelte Werke*, WERNER SCHUFFENHAUER (ed.), t. II, Berlin, 1969, págs. 134 y sigs.

41 Sobre la comunicación instrumental JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría del Derecho Penal funcional*, cit., págs. 51 y sigs.; ÍD. *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., pág. 22; en relación a los problemas que un concepto de libertad en sentido naturalístico ofrece para la correcta interpretación de los delitos contra la libertad, ÍD. "Nötigung durch Gewalt", en *Libro en memoria de H. Kaufmann*, Berlin *et al.* 1986, págs. 791 y sigs., 796 y sigs.

E) El concepto de libertad en Kant y Hegel. La libertad normativa

[18] Es Kant, como se apuntó, quien como idealista reconoce el mundo de forma racional. Esto es, como resultado de la razón, donde el universo es, por consiguiente, una organización llena de sentido y la realización final de un ser racional, un reino de libertad y razón.[42] Se atribuyen primordialmente a él las bases de un concepto normativo de libertad. La libertad entonces no va a ser concebida de forma instrumental, sino como la realización de la razón del propio sujeto que puede proferir normas de comportamiento con validez general, esto es, para todos los seres racionales. Libertad es entendida, por tanto, independientemente de la libertad empírica como arbitrio, pues el hombre debe ser definido como un ser inteligible a pesar de que como ser sensible muestre, según la experiencia, no sólo la capacidad de elegir conforme a las leyes, sino también de actuar en contra de ellas;[43] la libertad jamás puede consistir en que el sujeto racional pueda tomar una decisión en contra de su razón (legisladora).[44] Sólo se puede ser libre, según esta opinión, en cuanto se hace realidad la posibilidad de actuar conforme a las exigencias de la razón, es decir, en cuanto se toma la ley de la costumbre como la fuente del contenido de las máximas rectoras del actuar.[45] Se puede apreciar por eso que la interpretación hecha por Kant expresa un cambio trascendental en la estructuración del concepto de libertad, pues a través de sus planteamientos se libera el paradigma de la normación autónoma o

42 Flechtheim, *Hegels Strafrechtstheorie*, Berlin, 1975, pág. 8.

43 Kant. *La metafísica de las costumbres*, 1797, Cortina Orts y Conill Sancho (trads.), 3a. ed., Madrid, 2002, pág. 34.

44 Ídem.

45 Pawlik, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, cit., pág. 24. La libertad no existe como expresión de lo empírico, pues el ordenamiento que surge de la razón es muy diferente de aquel que surge del ordenamiento natural. El carácter racional de una acción permite que se cuestione desde el punto de vista moral en torno a la responsabilidad. Este es el aspecto fundamentador de imputación del concepto de libertad de Kant.

autolegislación, de las inconsistencias propias del instrumentalismo hobbesiano; no obstante, y ésta es la crítica que el funcionalismo penal de la mano de HEGEL esboza: si bien KANT constituye a la persona a través de la norma ("persona es el sujeto, cuyas acciones son imputables"),[46] la concibe anterior a lo social. Esto es: si bien para el filósofo la libertad no es digna en cuanto natural, ubica al sujeto tímidamente frente a lo social neutralizando así el aspecto teórico-liberal,[47] pues lo priva del desarrollo histórico de su libertad.[48] La máxima que deviene del sujeto racional (el imperativo categórico) es en KANT expresión de lo formal, generalizado a través de esta máxima, donde la historia y aquello que hace al hombre ser social, la realidad de la eticidad, no es estudiado claramente. Así HEGEL: "La exposición de esta filosofía práctica se apoya en la descripción de lo que es capaz esta absolutez negativa; de forma que hay que seguir en sus momentos principales la falsa tentativa de mostrar en lo absoluto negativo un absoluto verdadero. Puesto que la unidad pura es la esencia de la razón práctica, se deduce que muy

46 KANT, *La metafísica de las costumbres*, cit., pág. 30.

47 PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, cit., pág. 25. WELZEL llama la atención acerca de lo errado de considerar a KANT como representante de un subjetivismo ético puro solamente porque coloca en primer plano la autonomía ética del individuo, pues la idea de autonomía en KANT presupone, según WELZEL, un "orden objetivo material de las cosas" (*Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1980, pág. 169). Aun cuando esta interpretación es acertada, se observa que KANT no satisface en su exposición las condiciones necesarias para dotar la idea de eticidad de un contenido claro. En esa medida, no puede obtener contenidos objetivos relevantes, por ejemplo para la teoría del deber; así se expresa HEGEL: "Por esencial que resulte el resaltar la pura autodeterminación incondicionada de la voluntad como raíz del deber, pues sólo mediante la filosofía kantiana ha ganado el conocimiento de la voluntad su fundamento sólido y su punto de partida gracias al pensamiento de su autonomía infinita, por mucho que afirme el mantenimiento del punto de vista simplemente moral que no alcanza al concepto de eticidad, rebaja esta ganancia a un *formalismo vacío* y la ciencia moral a una retórica del *deber por el deber*" (*Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, 1821, DÍAZ [trad.], Madrid, 1993, §135, observación, pág. 464).

48 ANGEHRM, *Freiheit und System bei Hegel*, Berlin y New York, 1977, pág. 171.

difícilmente puede tratarse de un sistema de la eticidad, que no es posible una pluralidad de leyes, en cuanto lo que sobrepasa el puro concepto o — ya que éste, en la medida en que niega lo múltiple, esto es, como práctico, constituye el deber— lo que sobrepasa el puro concepto del deber y la abstracción de una ley, ya no pertenece a esta razón pura; el mismo Kant — quien ha expuesto esta abstracción del concepto en su absoluta pureza— ha reconocido exactamente que la razón práctica renuncia a toda materia de la ley y que sólo puede convertir en ley suprema la *forma* de la *aptitud* (*Tauglichkeit*) de la máxima del libre arbitrio. La máxima del libre arbitrio tiene un contenido e incluye en sí una particularidad; en cambio, la voluntad pura está libre de particularidades; la ley absoluta de la razón práctica consiste en elevar aquella particularidad en la forma de la unidad pura, siendo la ley la expresión de esta particularidad, asimilada en la forma".[49]

[19] El desarrollo evolutivo de la idea de libertad ha dejado al descubierto lo conveniente de conectar esta idea con la historicidad, ya que en ella es donde se encuentran las raíces objetivas de aquello que con Hegel podemos llamar "Espíritu objetivo" y que hace que el sujeto se estructure como particularidad de una generalidad,[50] como persona libre en el sentido en que este término es utilizado por la dogmática penal funcionalista. La generalidad a la que aquí se alude no es algo diferente al resultado del proceso de socialización del individuo en el cual éste asume pautas y valores de diferente índole que, en consecuencia, hacen de él un ser histórico, impregnado de socialidad;[51] no es que el sujeto determine desde sí lo que es bueno y preten-

49 Hegel, "Über die wissenschaftliche Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosphie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften", en *Jenaer Schriften 1801-1807, Obras*, t. 2, Frankfurt a. M., 1986, págs. 434 y sigs., 459 y sig.

50 Siep, "Was heißt 'Aufhebung der Moralität in Sittlichkeit' in Hegels Rechtsphilosophie?", en *Praktische Philosophie im Deutschen Idealismus*, Frankfurt a. M., 1992, págs. 217 y sigs., 234.

51 Cfr. Schnädelbach. "Zur Dialektik der historischen Vernunft", en Poser (ed.). *Wandel des Vernunftbegriffs*, Freiburg, Alemania, 1981, págs. 15 y sigs.

da obtener para esto reconocimiento general. La historia, el devenir social, son las condiciones verdaderas para que éste pueda construir su existencia, de manera que el sujeto práctico libre, de forma más precisa, la libertad, es algo que deviene y se debe al origen histórico.[52] La libertad de que gozan los sujetos es una que lleva implícita el reconocimiento de los demás miembros del grupo (se vive en sociedad) como seres libres y por ende racionales, de tal forma que libertad en sentido normativo, y de la mano de los planteamientos de la filosofía de HEGEL, es la posibilidad que tiene el sujeto de configurar sus intereses siempre tomando en consideración la existencia libre del otro; de nuevo, el sujeto histórico, libre y autónomo tiene que "cargar sobre sus hombros" las consecuencias de su libertad, él tiene una tarea mínima para cumplir en sociedad, y ésta no es otra que la de ser fiel al Derecho, la de contribuir al mantenimiento de las condiciones que precisamente le han facilitado su existencia libre, y en esa medida la de preservar esta posibilidad a los demás. Son la práctica social y las instituciones las que permiten que el sujeto adquiera su identidad autonómica; se trata de una libertad institucionalizada que supone el reconocimiento de esta realidad por parte del sujeto, que a la vez ha sido la condición de la formación de dicha identidad. Se es libre, se es un ser racional cuando se participa en la evolución de una cultura, cuando se participa de lo general, que sobre estas bases se constituye como concreción de la idea de justicia y libertad.

F) La fundamentación normativa de la libertad y su incidencia penal

1. La persona y sus ámbitos de libertad

[20] Esta fundamentación normativa del concepto de libertad tiene una consecuencia clara y precisa para el Derecho Penal. La persona como construcción jurídica, como portador de derechos y deberes, cuenta con un abanico de posibilidades de actuación dentro de un ámbito asignado por el orde-

52 OEING-HANHOFF, "Das Reich der Freiheit als Endzweck der Welt", en SIMON (ed.). *Freiheit*, Freiburg, Alemania, *et al.*, 1977, págs. 55 y sigs., pág. 68.

namiento jurídico. Ella es libre y como tal puede desarrollarse en sociedad organizando en el interior de este ámbito sin que invada las esferas de administración y actuación de los demás. Es tarea del Derecho Penal, entonces, el establecer las fronteras del ejercicio de la libertad y, por lo tanto, los deberes de cada sujeto precisamente allí donde los derechos de los demás, su libertad, reclaman observancia. Facilitar así la comunicación entre personas es materia del Derecho penal, y como criterio mínimo de identificación de lo normativo en sociedad, el rol más general y a la vez mínimo que se debe tener en cuenta en Derecho Penal es el de, y de nuevo con Hegel, ser persona y respetar a los demás como tal.[53] Es el mismo juego de expectativas al que hemos venido haciendo alusión en esta exposición y que permite el desarrollo coordinado de la interacción social, pues implica el reconocimiento recíproco de los hombres como personas, con un *contenido* mínimo y negativo que *prohíbe* el ataque a las pretensiones racionales del otro. La libertad normativa así entendida constituye el fundamento teórico del Derecho Penal funcionalista en la determinación de ámbitos de competencia y responsabilidad. El sinalagma libertad de comportamiento-responsabilidad por las consecuencias, utilizado como criterio fijador de competencia (competencia por organización) y responsabilidad (primer fundamento de imputación), es la manifestación diáfana de estas bases teórico-filosóficas.

La libertad de organizar sin invadir las esferas de administración y actuación de los demás, la imagen de un sujeto autónomo y, en esa medida, responsable (lo que en Derecho Penal moderno se conoce como "autorresponsabilidad") es el fundamento para que en sede de imputación objetiva se considere el criterio de las acciones a propio riesgo o de imputación a la víctima como excluyente de responsabilidad de terceros. En estos casos el riesgo se concreta por una conducta de intermediación de la propia víctima, de manera que cuando ésta intervenga junto con un tercero en la actividad generadora del riesgo, el tercero no responderá. El competente será la propia víctima[54].

53 Hegel, *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, cit., § 36, pág. 178.

54 Cfr. al respecto Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, Barcelona, 1998.

[21] Sin embargo, libertad significa, como se advirtió, algo más que una abstracción tematizada a lo largo de la filosofía,[55] además con asiento en el Derecho Penal casi desde su estructuración como sistema:[56] la concreta configuración social, el material institucional presente en todo conglomerado constituye también el marco dentro del cual se encuentran las condiciones de realización de la personalidad libre. La libertad se refleja también en aquellas interacciones de los hombres en las que se anudan fuerzas para realizar ideales de libertad duraderos, donde las personas viven unas para las otras con una gran variedad de prestaciones entre ellas o sencillamente en su totalidad. El rol como criterio identificativo de lo normativo es uno no general, pues está referido a determinadas personas y a contribuciones especiales. Es decir, a una prestación positiva.[57] El ejercicio de la libertad, ahora concreta, es lo que en la terminología del Derecho Penal funcionalista se identifica como competencia en virtud de la pertenencia a instituciones especiales (competencia por institución) y responsabilidad solidaria por el incumplimiento de los deberes especiales.

[22] En definitiva, sin el respeto de la racionalidad social no se puede pretender mantener la racionalidad jurídica.[58] En la medida en que el individuo dirige sus relaciones con los demás sin consideración de sus preferencias, sino que, por el contrario, acepta al otro como igual y le reconoce entonces una personalidad en Derecho, nos encontramos en un juego de interacción en el cual lo normativo marca la pauta. Se ha tomado como "punto

---

55 Excelente exposición sobre la institución negativa *neminem laedere* como fundamento de deberes negativos en SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, págs. 83 y sigs.

56 Ya en FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Aalen, 1973 (reimpr. de la 14a. ed., Gießen, 1847), § 24, pág. 50.

57 Sobre el concepto de libertad normativa en HEGEL y la fundamentación de la obligaciones negativa y positiva como criterios determinantes de la vinculación jurídico-penal, PERDOMO TORRES. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, 2001, págs. 97 y sigs.

58 PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, cit., pág. 44.

de partida la voluntad que es libre de tal modo que la libertad constituye su sustancia y determinación, y el sistema del Derecho es el reino de la libertad realizada, el mundo del Espíritu producido a partir de él mismo como una segunda naturaleza".[59]

2. *Derecho Penal y herramientas sociológicas*

[23] Con lo expuesto, hemos señalado algunas de las bases teóricas de una nueva concepción del Derecho Penal que supera abiertamente la dogmática penal tradicional. El Derecho Penal funcionalista abre un nuevo espacio de encuentro con las modernas teorías de la sociología (evidentemente resultado de la rica evolución en el interior de la propia sociología) que ofrecen herramientas importantes para la aprehensión penal de las modernas, complejas y numerosas manifestaciones sociales. Una sociedad definida a través de normas, e integrada en este sentido por personas, podrá afirmar que este concepto (el de persona) se construye en el sistema del Derecho como sistema funcionalmente diferenciado. Diferenciación realizada por el Derecho y desde el Derecho. Saber, sin embargo, cuál es el contenido de aquello que hace a ese sujeto persona en Derecho Penal, implicará un análisis de la sociedad como un todo, estructurada en torno a valores e instituciones, y esto conlleva un análisis desde dos perspectivas bien diferentes pero igualmente necesarias.[60] Garantizar la identidad normativa de la sociedad es entonces la

59 Hegel, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, cit., § 4, pág. 96.

60 Con esto no se está poniendo en duda la posibilidad de estructurar la persona en sentido normativo desde los planteamientos de la Filosofía del Derecho de Hegel; por el contrario, el concepto normativo de libertad de Hegel, como se afirmó, supone definir a la persona por su libertad-vinculación. No obstante, implica también definir esta identidad a través de la historicidad, echar una ojeada hacia el entorno social; cfr. Pawlik, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, cit., págs. 42 y sigs. Y es que la clausura operativa del sistema del Derecho no sólo impide que aquello generado en gran medida individualmente, algo con lo que hay que trabajar en el Derecho Penal, se traduzca en lenguaje jurídico. También impide que operaciones que atañen a otros sistemas sociales entren en contacto directo (nos referimos a algo más que acoplamientos estructurales) con el Derecho; cfr. sobre acoplamientos operativos,

protección de las expresiones materiales de dicha identidad, saber cuáles son ellas en una sociedad determinada y cuáles los instrumentos penales y la forma de su estructuración para facilitar la incorporación en el sistema. Desde el otro punto de vista, esta garantía supone la salvaguarda de la dinámica operativa del sistema del Derecho Penal. Se garantiza tanto el esperar normativo como el contenido de nuestras representaciones normativas; la aplicación al Derecho Penal de la teoría de los sistemas "pura", hasta sus últimas consecuencias, no sería otra cosa que decisionismo.[61]

IV. LA TEORÍA DE LA PENA: SIGNIFICADO Y FIN

A) Fundamentación filosófica y sociológica

[24] La teoría de la pena de JAKOBS se enmarca dentro de la llamada prevención general positiva. Sin embargo, los fundamentos de su concepción se encuentran estrechamente vinculados con la Filosofía del Derecho de HEGEL y algunos aspectos de la teoría de los sistemas. Podríamos afirmar que se trata de una nueva lectura de HEGEL a través de la concepción del Derecho de LUHMANN.

Con base en una de las leyes de la dialéctica, HEGEL desarrolló su teoría de la pena. El filósofo alemán entendió que hay una voluntad general que está constituida por el Derecho abstracto, y frente a ella se contrapone una voluntad particular que, con su comportamiento, niega esa voluntad general. La finalidad de la pena es restablecer la voluntad general a través de una negación; es decir, de una negación de la negación. Quien comete un delito

---

LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1998, págs. 776 y sigs., 788. Sobre la dificultad del funcionamiento autopoiético del sistema del Derecho, PRIETO NAVARRO, *Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social*, págs. 275 y sigs.

61 LÜDERSSEN. *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken*, cit., pág. 885; de igual forma resulta ejemplificante la siguiente afirmación de este autor: "El antagonismo que puedan encontrar con esto todos los dogmáticos de la teoría de los sistemas no me interesa. Más aún, el acercamiento moderado a un eclecticismo mínimo me parece de buen recibo" (pág. 887).

expresa un especial esbozo del mundo, una especial concepción del mismo, porque para él no rige el ordenamiento jurídico sino su voluntad particular (una negación). Con la pena, el Estado manifiesta que esa concreta concepción no vale y que debe imperar la voluntad general (negación de la negación). De esta manera se restablece la vigencia del Derecho (síntesis).[62] A partir de este fundamento, Jakobs aplica una teoría institucional del Derecho, que entiende las normas como estructura de la sociedad. El Derecho, en la concepción de Niklas Luhmann, es una estructura a través de la cual se facilita la orientación social, y la norma una generalización de expectativas. La configuración fundamental de la sociedad se produce a través del Derecho, y la misión del Derecho Penal es garantizar esa configuración.[63] Las expectativas sociales se estabilizan a través de las sanciones.

B) Pena y su significado

[25] En virtud de la función comunicativa del Derecho penal, la misión de la pena es "reafirmar la vigencia de la norma".[64] Manifestar a un nivel de comunicación lo siguiente: que la infracción no afecta la estabilidad de la norma en sociedad y ésta se niega, por tanto, a concebirse conforme a otras reglas. Aquí los comportamientos, tanto el del autor como la respuesta del Derecho, se mueven en un plano puramente simbólico e independiente de automatismos o causalidades. Un sentido encuentra una respuesta también en el ámbito de expresión de sentido. Entonces, la pena es una respuesta a un hecho que debe ser entendido como una protesta contra la vigencia de la norma, contra la configuración de la sociedad.[65] El hecho es "una defraudación de expectativas normativas, es decir, un comportamiento mediante el cual el autor demuestra que pone en tela de juicio la validez de la norma en

62 Cfr. Jakobs, *Derecho Penal*, págs. 6 y sigs.

63 Cfr. Íd. *Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, cit., págs. 10 y sigs.

64 Ibíd., p. 13; Íd. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Opladen, 2004, págs. 24 y sigs.

65 Íd. *Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung*, cit., pág. 59.

una situación concreta. Esto significa que para la interpretación del injusto penal no se está a la *valoración de sucesos del mundo exterior*, sino al *significado* de éstos para la vigencia de la norma".[66] Tanto el comportamiento del autor como la reacción estatal comunican: el autor manifiesta, en virtud de su personalidad formal, una contradicción a la norma, una pauta de comportamiento individual muy diferente a la ofrecida y reclamada por la norma. La pena, como reacción estatal, expresa por su parte que la pauta de comportamiento es otra, muy diferente al esbozo del autor y, por tanto, hay una pauta más general y válida. "La pena quiere, desaprobando la acción contraria a la norma, corroborar la validez de la norma desautorizada por el autor [...] la pena es una réplica demostrativo-simbólica frente al significado demostrativo-simbólico del hecho punible".[67] Entonces, delito y pena, la obra del autor y la reacción jurídica, deben ser considerados por el concreto significado que expresan. De una parte, existe un acto comunicativo, que en sentido general constituye una defraudación de expectativas de comportamiento generalizadas congruentemente. De otro lado, se presenta la confirmación de la expectativa a través de la pena. Es decir que la expectativa defraudada vale como tal y los sujetos pueden seguir confiando en el esbozo normativo del mundo existente con anterioridad a la expresión de sentido defectuosa del autor. La pena es uno de los mecanismos jurídicos de estabilización contrafáctica de expectativas normativas de una sociedad determinada que deben permanecer aun cuando el esbozo del mundo del autor se contraponga a la visión que de este mundo normativo han tenido los demás y, en el caso particular, la víctima.

[26] Queda así al descubierto que la pena en especial y el sistema de Derecho penal funcional en general, ofrecen cada vez menor relevancia a la relación entre el autor del hecho y la respuesta jurídica estatal. Y en verdad, con lo dicho ya está ofrecido el marco teórico que permite entender por qué la individualidad de los sujetos cobra una menor importancia. Al infractor

66 LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pág. 40.

67 Ibíd., pág. 85.

no se le reprocha nada como individuo, a él se le hace claridad acerca de su propia constitución personal. La pena no tiene como objetivo llegarle al infractor en su interioridad y tampoco persigue cambiarle o encauzarle por "el camino correcto". La pena tiene como destinatarios a todos los ciudadanos, para confirmar en ellos la vigencia de la norma,[68] para demostrarles que la configuración normativa de la sociedad sigue vigente, que el sentido que transmite el comportamiento defectuoso no es fiable. La explicación de la función de la pena en Derecho Penal gira entonces en un plano independiente de planteamientos antropológicos. "El comportamiento delictivo y la pena no cuentan por lo que son en sí (producto de una psique, hechos resultantes de encadenamientos causales, expresión de sistemas de valores morales, etc.), sino por lo que representan o significan para el sistema".[69] Esto, desde el punto de vista de la pena, implica que el sistema estructurado a través de expectativas, de normas, busca mantenerse intacto.

C) La pena y su fin

[27] La pena no tiene, sin embargo, solamente *significado*, ella también tiene un *fin*. En verdad, como respuesta a la puesta en peligro del Derecho con el delito, al recorte de libertad que sucede con el hecho. Y más importante: a la afectación *de la realidad del Derecho.*[70] Pues con el hecho no sólo se pone en duda la validez de la norma, también se da motivo para dudar de la seguridad cognitiva de su validez.[71] Con la imposición de pena, como lo expresó Jakobs recientemente, "con la causación de dolor", se busca dejar claro que el soporte cognitivo de la norma sigue siendo el mismo que existía antes del hecho. De esta manera, "el mantenimiento de la parte cognitiva de la validez de la norma es el *fin* de la pena [...] Con otras palabras, después de un hecho punible no basta con *señalar* al autor como delincuente —esto

68 Jakobs, *Derecho Penal*, págs. 18 y 28.

69 García Amado, *¿Dogmática penal sistémica?*, cit., pág. 243.

70 Jakobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Opladen, 2004, págs. 26 y sigs.

71 Ibíd., pág. 30.

sería solamente una constatación conceptual—, él debe también ser *tratado* como tal".[72]

Esta reacción se mueve, entonces, no sólo a un nivel comunicativo; por medio de la pena se le causa también un dolor al delincuente, se le suspende total o parcialmente como destinatario de la comunicación.[73] La pena es una respuesta a la expresión de sentido del autor y, por su parte, también expresa algo: la contradicción del quebrantamiento de dicha norma a través del comportamiento del autor. Confirma que se puede seguir confiando hacia el futuro en esta pauta de comportamiento a pesar de que en el caso concreto ha sido defraudada y se ha puesto en duda su seguridad cognitiva. La pena estabiliza contrafácticamente expectativas normativas, reafirma la vigencia de la norma y la realidad del Derecho. "El dolor sirve a la seguridad *cognitiva* de la vigencia de la norma; este es el *fin* de la pena, como la contradicción de la negación de la vigencia por el delincuente es el *significado*".[74]

V. LA VIGENCIA DE LA NORMA COMO BIEN JURÍDICO PENAL

[28] Si aceptamos que los elementos del delito se construyen a partir de los fines del Derecho Penal y entendemos que la función de la pena es mantener las estructuras básicas de una sociedad, debe existir también una reformulación del concepto tradicional de bien jurídico: *lo que protege el Derecho Penal son los mecanismos que permiten mantener la identidad de una sociedad, es decir, las expectativas fundamentales para su constitución*. Para una sociedad, por ejemplo, es básico contar con la expectativa de que se respetará la vida de sus miembros, y en general sus derechos constitucionales, porque de lo contrario se correría el riesgo de su desintegración. Así las cosas, cuando se comete un homicidio, además de que se atenta contra la vida de una persona (bien jurídico en sentido estricto), también se está afec-

72 Ídem.

73 Ibíd., pág. 26.

74 Ibíd., pág. 29.

tando un elemento esencial para la estructura básica de una sociedad, como es la expectativa de que no se atentará contra la integridad de sus miembros (bien jurídico en sentido penal).

Jakobs distingue entre un concepto de bien jurídico en sentido estricto, entendido como una relación funcional entre el sujeto y una situación valiosa (por ejemplo, el bien jurídico en los delitos contra el patrimonio no es la cosa lesionada, sino las posibilidades de disfrute que se tienen sobre ella), y un concepto de bien jurídico propio del Derecho Penal, consistente *en la prohibición* de matar, de dañar, de agredir sexualmente, etc. El bien jurídico no es el daño naturalmente perceptible de cegarle la vida a una persona o destruir su patrimonio, sino que es un concepto normativo: la vigencia de la norma. Si la sociedad se estructura a través de normas, entendidas como "esquemas simbólicos de orientación", y a través de las cuales una sociedad señala los aspectos fundamentales de su configuración, lo relevante no es una lesión externa de una situación valiosa (por ejemplo, la vida, la propiedad), sino *el significado de la conducta*: con su comportamiento el infractor expresa (comunica) que para él no rigen las expectativas fundamentales, sino su propia concepción del mundo.[75]

Como lo expresó Jakobs recientemente: "los bienes en todo caso son bienes jurídicos de modo relativo, es decir, en relación con una determinada conducta de otra persona, espiritualizándose [...] con ello ya el bien en norma [...] Así las cosas parece poco fructífero seguir intentando encontrar lo específico del Derecho Penal en la protección de bienes, con lo que, sin embargo, no se pretende afirmar que el concepto del bien jurídico carezca de sentido jurídico penal: tiene su justificación parcial, pues una relación personal *puede* obtener su caracterización esencial por el hecho de que contiene una relación hacia el titular de un bien o una relación entre titulares de bie-

75 Cfr. Íd. *Derecho Penal*, págs. 34 y sigs.

nes. Pero es que esto no es todo, y sólo adquiere una configuración operativa mediante las normas que fijan los roles de las personas intervinientes".[76]

VI. LA PENA DETERMINA EL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD. INTEGRACIÓN DE PREVENCIÓN Y CULPABILIDAD

[29] A principios del siglo XX se empieza a gestar el concepto normativo de culpabilidad. Sin embargo, fue Hans WELZEL quien al trasladar el dolo natural al tipo penal, bajo el entendimiento de que el conocimiento de los hechos no juega ningún papel en el juicio de reproche, lleva hasta sus últimas consecuencias la concepción normativa. WELZEL encontró que el *no poder actuar de otra manera* era la estructura lógico-objetiva sobre la cual se edificaba la culpabilidad. Sobre esta base, este elemento se convierte en un límite material a la intervención punitiva del Estado y a las necesidades de prevención.

Si la función de la pena determina el contenido de las categorías dogmáticas, y por ende el de la culpabilidad, esta perspectiva rompe con ese límite material, porque a pesar de que un sujeto no pueda actuar de otra manera puede ser culpable, cuando las necesidades de prevención general así lo indiquen. El eje central *deja de ser el poder* comportarse conforme a la norma, y *lo constituye el deber* hacerlo, que es una perspectiva distinta. *Ese deber se estructura de acuerdo con las necesidades de prevención general.*

Con un ejemplo, tomado en lo básico de ROXIN, quien fue el primero en replantear las relaciones entre culpabilidad y prevención, podemos entender más claramente esas conexiones. Dos personas se encuentran en una granja y un incendio en el bosque, de inmensas proporciones, rodea el lugar. La única forma de poner a salvo la vida es huir en un caballo que se encuentra en el establo. Sin embargo, esta alternativa sólo permite que una persona

76 ÍD. "¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", en *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther JAKOBS*, cit., pág. 47.

escape. Una de ellas huye al galope y la otra muere por asfixia cuando el fuego recrudece. ¿Por qué la primera persona no es culpable? La concepción finalista diría: porque no podía actuar de otra manera, porque se han disminuido considerablemente sus posibilidades de elección. Pero, ¿qué acontece en el mismo ejemplo si la persona que abandona apresuradamente la granja es un miembro del cuerpo de bomberos? Aquí la persona, en virtud de una cláusula de exigibilidad, tenía el deber de asumir un peligro mayor que el de la generalidad de las personas, salvo que fuera segura la pérdida de su vida. ¿Por qué entonces, si no podía actuar de otra manera, es culpable? Porque las necesidades de prevención le imponen el deber de asumir una conducta distinta. En efecto, se impone una pena para que la sociedad pueda seguir confiando en ciertas instituciones, pues la persona no toma precauciones especiales para controlar un incendio sobre la base de una confianza legítima de que en caso de fuego contará con el apoyo de determinados organismos.[77]

[30] Jakobs lleva hasta sus últimas consecuencias el planteamiento de Roxin, quien consideró que la prevención general explicaba el fundamento de ciertas causales de exculpación. La necesidad o no de pena servía para señalar la razón por la cual una persona no era culpable. Sin embargo, Roxin no integra completamente culpabilidad y prevención, porque existen unas limitaciones mutuas entre ambos conceptos. Jakobs, por el contrario, funde integralmente la prevención en la culpabilidad, a tal punto que *el fin de la pena determina el contenido de la culpabilidad.*[78] En esta concepción funcional, la falta de culpabilidad del inimputable por ejemplo, no se fundamenta en el hecho de que éste no podía actuar de otra manera. Se fundamenta en que la sociedad no requiere estabilizar con una pena la "defraudación de una expectativa" ocasionada por el inimputable, por la sencilla razón que con su conducta no expresa un acto comunicativamente relevante que la desautorice.

77 Cfr. Roxin, "Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales", Luzón Peña (trad.), en *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Madrid, 1981, págs. 57 y sigs.

78 Jakobs, "Culpabilidad y prevención", en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, págs. 73 y sigs.

VII. TRES ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL CONCEPTO DE ACCIÓN

A) La acción como acto comunicativamente relevante

[31] Como se ha afirmado reiteradamente, la vida en sociedad, con todas sus interacciones, se desarrolla con base en expectativas, y las normas son "estructuras sociales transmitidas por comunicación". La comunicación, entonces, es un instrumento básico de la interacción, en el cual cuenta no solamente la perspectiva de quien actúa, sino también la de los demás miembros de la sociedad. Este concepto juega un papel importante en el sistema de Günther JAKOBS, porque *concibe la acción como un acto comunicativamente relevante.* Ello significa que el suceso no puede interpretarse como una relación individual entre el sujeto y el quebranto de una norma (como lo hizo la escuela de Armin KAUFMANN, con base en una teoría imperativa de la norma).[79] El sentido de un comportamiento no se determina por la particular concepción que el sujeto tenga sobre él mismo, ni tampoco con base en estructuras prejurídicas. La acción debe buscarse dentro de la sociedad y no antes de ella.

B) La imputación objetiva como concreción de la acción

[32] La elaboración del concepto de acción con base en la comunicación implica que es relevante *el esquema social de interpretación del suceso*, porque si las normas son "estructuras reflexivas de expectativas", la relación de comunicación siempre se define por el contexto. Las conductas se determinan de acuerdo a la expectativa de expectativas, es decir, sobre expectativas recíprocas: yo realizo mi conducta de acuerdo a lo que los otros esperan de mí. Esto significa que si la representación del sujeto, que considera ilícita una determinada conducta, no coincide con la concepción racional que la sociedad le da a la misma, ésta no es objeto de imputación objetiva. Un

79 Cfr. ÍD; "Tätervorstellung und objektive Zurechnung", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Bonn *et al.*, 1989, págs. 273 y sigs.

ejemplo —de la vida real colombiana— nos ilustra sobre el punto: en una población cercana a Bogotá, un esposo quería dar muerte a su señora, y para ello contrató los servicios del brujo del pueblo, con el fin de que le ocasionara daño a través de la hechicería. El brujo aceptó, pero, en lugar de utilizar sus "poderes mágicos", contrató a dos personas para que le dieran muerte con arma de fuego. Si partimos de una concepción del dolo que prescinda del curso causal de la conducta como objeto de la representación, el esposo podría ser condenado como determinador pues se darían los elementos de esta forma de participación delictiva. Sin embargo, no hay una acción de matar, porque la representación que tuvo sobre el hecho (muerte con base en brujería) no coincide con un esquema social de interpretación. En efecto, desde los comienzos de la Modernidad se empieza a desencantar el mundo, y los sucesos se interpretan con base en criterios de racionalidad. No es posible producir una muerte invocando fenómenos sobrenaturales, producto de una concepción mágica de la realidad.[80]

[33] Pero la pregunta que surge en forma inmediata es la siguiente: ¿cómo se determina ese esquema social de interpretación? Esa tarea le corresponde a la teoría de la imputación objetiva. Con base en un sistema coherente, la imputación objetiva nos suministra el esquema de interpretación del suceso, a través del riesgo permitido, el principio de confianza, las acciones a propio riesgo y la prohibición de regreso. Es decir, con fundamento en los criterios que determinan la conducta prohibida. Lo anterior significa que acción e imputación objetiva no son dos elementos del tipo totalmente separados e independientes. Por el contrario: la imputación objetiva complementa y realiza la acción. Se funde así, en una sola entidad, el concepto de acción, como acto comunicativamente relevante, con el sistema de la imputación objetiva.[81]

80 Cfr. Íd. *Tätervorstellung und objektive Zurechnung*, cit., págs. 271 y sigs.

81 Cfr. Íd. "Der Strafrechtliche Handlungsbegriff", en *Schriften der juristischen Studiengesellschaft Regensburg*, cuaderno No. 10, München, 1992.

C) No hay acción sin culpabilidad

[34] La teoría de JAKOBS sobre la acción y la pena también conduce a entender que la acción es una acción culpable. En efecto, si la acción es un acto comunicativamente relevante, en el cual el sujeto expresa con su comportamiento que para él no rigen las expectativas generalizadas de conducta, y por ende manifiesta un esbozo del mundo en el cual desautoriza la vigencia de la norma como modelo del contacto social, es lógico entender que sólo hay acción cuando actúa culpablemente. Si la persona, por ejemplo, incurre en un error de prohibición, su actuación no expresa un acto comunicativamente relevante en el cual se desconoce la vigencia de la norma.[82]

VIII. UNA CONCEPCIÓN LIBERAL DE LA RESPONSABILIDAD: COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIA INSTITUCIONAL[83]

A) Delimitación de ámbitos de competencia

[35] El moderno Derecho Penal de orientación normativista se caracteriza por el abandono de los criterios con base en los cuales la dogmática naturalista del siglo XIX —predominante hasta la década del 80 en el siglo XX— edificó la teoría del delito: causalidad, evitabilidad y dolo. Actualmente, *el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia*: sólo se responde por las conductas o resultados que *debo* desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabi-

82 Cfr. LESCH, *Injusto y culpabilidad en Derecho Penal,* Bogotá, 2001.

83 En este punto, transcribimos apartes de una decisión de la Corte Constitucional de Colombia, donde se acogieron los fundamentos de JAKOBS sobre la imputación objetiva. Cfr. sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001, M. P.: MONTEALEGRE LYNETT; comentario de PERDOMO TORRES, "El Estado como garante", *Anuario de Derecho Constitucional*, Bogotá, 2003, págs. 239 y sigs.; sin embargo, se realizan precisiones y actualizaciones de algunas ideas allí contenidas, como, por ejemplo, lo referente a las medidas de salvamento.

lidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante.[84] Lo demás —salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro— no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia.[85]

Desde esta perspectiva, el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar *si el sujeto tenía una posición de garante, si era competente* para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible.[86] Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente éste fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable al transeúnte a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante, porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde

84 Al respecto en detalle Perdomo Torres, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, cit.; Íd. *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*, Bogotá, 2001; Íd. "Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión: sobre la supuesta accesoriedad y sobre solidaridad", en *El funcionalismo en Derecho Penal, Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, cit., págs. 251 y sigs.

85 Cfr. Jakobs, "Behandlungsabbruch auf Verlangen und § 216 StGB (Tötung auf Verlangen). Medizinrecht-Psychopathologie-Rechtsmedizin. Diesseits und jenseits der Grenzen von Recht und Medizin", *Festschrift für Günther Schewe*, Berlin, 1991, págs. 72 y sigs.; Íd., "La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte", Cancio Meliá, Peñaranda Ramos y Suárez González (trads.), en *Estudios de Derecho Penal*, cit., Roxin. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, "Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre", 2a. ed., München, 1994, págs. 332 y sigs.; Reyes Alvarado. *Imputación objetiva*, cit., págs. 49 y sigs.

86 Cfr. Jakobs, "Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Gruñd der strafrechtlichen Haftung bei Begehung", *ZStW* 89, 1977, págs. 1 y sigs.

surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro, y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano.

[36] La imputación de una conducta o un resultado en Derecho Penal depende del ámbito de competencia a que corresponda su protección. Para su delimitación (la del ámbito de competencia) hay que precisar, (i) *en primer lugar*, cuál es la posición de garantía que tiene el sujeto (si esta se origina en la creación de riesgos o en roles institucionales) y cuáles son los deberes que surgen de ella. Establecido este elemento, hay, (ii) *en segundo lugar,* cuatro que sirven para concretar el juicio de imputación: (a) El riesgo permitido que autoriza la creación de peligros dentro de los límites que la sociedad va tolerando en virtud de las necesidades de desarrollo; (b) El principio de confianza, indispensable para que pueda darse una división del trabajo y que le permite al sujeto delegar ciertas tareas sobre la base de que los demás son personas autorresponsables que cumplirán con la expectativas que surgen de una determinada función; (c) Las acciones a propio riesgo, en las cuales se imputa a la víctima las conductas que son producto de la violación de sus deberes de autoprotección, y (d) La prohibición de regreso, según la cual el favorecimiento de conductas dolosas o culposas por un tercero no le es imputable a quien las hubiere facilitado dentro del riesgo permitido. Demostrada la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se requiere además (iii) una realización del riesgo. Es decir, que el mismo riesgo creado por el sujeto sea el que se concrete en la producción del resultado. Criterios como el fin de protección de la norma de diligencia, la elevación del riesgo y el comportamiento doloso o gravemente imprudente de la víctima o un tercero sirven para saber cuándo se trata de la misma relación de riesgo y no de otra con distinto origen, no atribuible a quien ha creado inicialmente el peligro desaprobado.[87]

87 Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal,* CANCIO MELIÁ (trad.), Bogotá, 1994, págs. 24 y sigs.

B) Posición de garante y teoría del delito

[37] El desarrollo de la dogmática penal deja al descubierto que el criterio de la "posición de garante" y del deber jurídico correspondiente, piedra angular del sistema de imputación de la obra de Günther Jakobs, se utilizó exclusivamente para la deducción de responsabilidad en el delito de comisión por omisión. A mediados del siglo XVIII se empieza a elaborar una dogmática del Derecho Penal especialmente en Alemania y, por tanto, se profundiza en lo relacionado con los conceptos de deber jurídico y posición de garantía. Las elaboraciones de P. J. Anselm Feuerbach, en especial, plantean una primera sistematización en torno a la responsabilidad omisiva.

Para Feuerbach el Estado es una unidad social que busca la protección de los derechos de los ciudadanos; tiene, por tanto, la facultad de valerse de algunos medios posibles en la consecución de dicho fin. Por ejemplo, de la instauración de deberes apoyados por coerción cuya lesión tenga como consecuencia la adjudicación de una pena. Estos deberes tienen como contenido generalmente una omisión y sólo pueden por esto ser lesionados a tráves de un actuar y no de un omitir (obligatoriedad originaria del ciudadano). Por el contrario, si se busca una responsabilidad por omisión, se necesita, según Feuerbach, un fundamento jurídico especial. Fundamento que él encuentra en la *ley* o en el *contrato*, pues sólo a través de ellos se fundamenta la obligación de actuar.[88] Según esto, los delitos pueden diferenciarse de acuerdo a la forma de manifestación exterior, es decir, existen delitos de acción y de omisión. En el primer caso, se trata de la lesión de un deber que tiene como contenido una omisión. En el segundo, de la lesión de aquellos deberes que se derivan de la ley o el contrato, como fundamentos jurídicos especiales, y que tienen como contenido un actuar.

[38] El pensamiento de Feuerbach muestra que la cuestión de la vinculación jurídica en el marco de la punibilidad de los delitos de omisión se trabajó en mayor o en menor medida bajo la idea de "legalidad". Esto, sin

88 Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1847, §§ 8 y 9.

embargo, no debe sorprender en absoluto, pues responde sencillamente a las exigencias de la época, en la que los planteamientos de KANT sobre la idea del Derecho cobraron importancia. En consecuencia, FEUERBACH reclamó una división estricta entre Derecho y eticidad, hizo énfasis en la independencia del Derecho respecto de ésta, y abogó por la obtención de "fundamentos especiales" para la punibilidad de los delitos de omisión. La contribución de este autor es significativa para la posterior evolución de la dogmática penal, pues encuentra en el concepto de deber jurídico el fundamento de la responsabilidad. En lo que se refiere a la responsabilidad por omisión, se marca la senda que considera la responsabilidad en estos delitos como un modelo de responsabilidad excepcional.

Estos planteamientos fueron desarrollados posteriormente, entre otros autores, por SPANGENBERG, quien propone un "quebranto del sistema de FEUERBACH". Además de la posibilidad de obtener una obligación de actuar derivada de la ley positiva o del contrato, reconoce que existen otras circunstancias que pueden ser consideradas como "fundamentos especiales". Expone lo que denomina "relaciones jurídicas especiales", para referirse a vínculos estrechos entre determinadas personas, que las obligan recíprocamente a la protección y ayuda. Esbozó como ejemplos de estas relaciones el matrimonio, el parentesco en línea directa, etc.[89]

[39] La dogmática penal reconoció que la vinculación jurídica trasciende lo que puede ofrecer un texto jurídico. Tiene su origen y fundamento más allá de la legalidad y, por ende, los deberes en Derecho Penal están por fuera de cualquier formulación positiva. Este planteamiento, sin embargo, fue olvidado rápidamente, pues la dogmática penal seguiría insistiendo en la liberación del Derecho de cualquier contenido ético o, como lo expresó el mismo FEUERBACH, en la sustracción del Derecho Penal, en todas sus partes, de errores filosóficos.[90] Las consecuencias de este planteamiento para la cien-

89 SPANGENBERG, *Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit*, 1821, págs. 532 a 540; también HENKE. *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, 1823, pág. 396.

90 FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, pág. VI.

cia del Derecho Penal se pueden percibir en la actualidad. Se discute acerca del origen del deber jurídico como fundamento de la punibilidad del delito omisivo. Sin embargo, se limita la búsqueda a los delitos de comisión por omisión y, en su interior, a la fundamentación del concepto "posición de garante" esbozado por Nagler como elemento típico indispensable en la deducción de responsabilidad en estos delitos.[91] Es decir, el deber jurídico que actualmente se reclama en la mayoría de las codificaciones para la asignación de responsabilidad en el delito de comisión por omisión, se busca directamente en el Derecho Positivo (Constitución o ley). Posición que limita el entendimiento correcto de los deberes en Derecho Penal.

Los diferentes intentos dogmáticos que recientemente se han desarrollado en el tratamiento de la responsabilidad por omisión, han percibido en mayor o menor medida esta carencia argumentativa y se han orientado hacia la utilización de criterios de sociología del Derecho. El concepto de deber jurídico adquiere así una connotación social importante, pues se busca ahora en las posiciones reales existentes en una determinada sociedad y no directamente en el Derecho Positivo. A pesar de este reconocimiento, los criterios normativos presentes en la sociedad, esto es, las condiciones básicas y necesarias para su configuración, que toman como base precisamente el sistema social en sus diferentes proyecciones, no fueron reconocidos en su totalidad. Por ende, se siguieron utilizando abstracciones terminológicas como "posición social" o "rol social" para la fundamentación del deber de garantía.[92]

Entonces, a pesar que el concepto de deber jurídico sigue siendo utilizado y reclamado en la solución de la problemática de la posición de garante, es negado en cuanto a su contenido. No sólo cuando se busca en la "legali-

91 Nagler, "Die Problematik der Begehung durch Unterlassung", *GS* 111, 1938, págs. 54 y sigs.

92 Por ejemplo, las elaboraciones de Bärwinkel (*Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1968) combinan elementos sociológicos y ético-sociales en el intento de desarrollar la fundamentación del origen de los deberes de garantía; también Behrendt (*Die Unterlassung im Strafrecht*, 1979) se orienta en esta tarea a las posiciones objetivas en la sociedad.

dad" sin más, sino también cuando se considera que la vinculación jurídica se puede explicar con base en conceptos formales, o categorías del espacio y la causalidad, como lo evidencia la evolución de dicha problemática.[93] Este tema debe ser tratado de una forma más profunda, pues el error fundamental de todos estos intentos en la fundamentación del deber jurídico de responder ha radicado en el tratamiento sin orientación social crítica[94] del que ha sido objeto, y en el desconocimiento del "ser objetivo espiritual"[95] base necesaria de su fundamentación. Esta es la explicación para la desafortunada evolución que ha sufrido la idea de vinculación jurídica en Derecho Penal.

[40] Aquello que siempre se ha tratado como cuestión decisiva en los delitos de omisión, es decir, la problemática en torno al deber jurídico, se transforma con los planteamientos de JAKOBS en el núcleo del Derecho Penal moderno. En consecuencia, la problemática de la posición de garante se convierte en un mecanismo general de interacción, de manera que el concepto de deber jurídico va a servir ahora para proyectar la identidad normativa del grupo y, de esta forma, para guiar *todas* las relaciones sociales posibles en un Estado perfectamente organizado. La problemática de la posición de garante deja de ser, por decirlo gráficamente, uso exclusivo del delito de comisión por omisión para convertirse en el punto de partida de toda teoría de la imputación, como esbozamos anteriormente.[96]

---

93 Cfr. PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, cit.

94 Cfr. KUBS, *Grundfragen der Philosophie des Rechts*, 1977, págs. 56 y sig.

95 Cfr. ÍD., *Die Rechtspflicht*, 1981, pág. 7.

96 Sobre la relación entre delitos omisivos y principio de legalidad, cfr. el excelente trabajo de la profesora Eloísa QUINTERO, "El delito de omisión desde una perspectiva normativista", en *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther JAKOBS*, t. II, cit., págs. 173 y sigs. Sobre el punto sostiene lo siguiente: "Al suponer la omisión la referencia a una determinada acción no se vulnera el principio de legalidad, dado que en la omisión impropia el núcleo del injusto penal está dado ya por el tipo legal de referencia" (pág. 199).

En la búsqueda de los principios que presenten una teoría de la posición de garante en general, resultan plausibles las exposiciones de Hegel, pues, como lo mencionamos, la sociedad actual sólo puede concebirse como tal en cuanto se parta de aspectos orientados por la idea de libertad, en cuanto se funde en un sistema como el hegeliano de la libertad. Esta libertad normativa es en este sentido el concepto básico y el paradigma de legitimación de la vinculación jurídica. Sin embargo, esta libertad es inmersa en un contexto institucional. Se trata, en resumen, de una libertad garantizada a través de instituciones.

C) Posición de garante y estructura social

[41] El origen de las posiciones de garante se encuentra entonces en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: la competencia por organización y la competencia institucional. En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor, etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de *deberes de seguridad en el tráfico*, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Por ejemplo, si alguien abre una zanja frente a su casa tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros, o el daño se produce —un peatón cae en la zanja—, se está obligado a revocar el riesgo —prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario— (pensamiento de la injerencia). Es decir, se deben tomar todas las medidas de *seguridad y salvamento* para evitar que la configuración defectuosa siga produciendo efectos. Las medidas de salvamento fueron concebidas primeramente por Jakobs como "deberes de salvamento". Sin embargo, actualmente las entiende como mecanismos de *ase-*

guramiento del ámbito de organización, ahora defectuoso.[97] Los deberes de seguridad en el tráfico también pueden surgir por *asunción* de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son *deberes negativos* porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del Derecho Antiguo de no ocasionar daño a los demás.

[42] Pero frente a la libertad de configuración hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestos al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos, las relaciones estrechas de confianza[98] y ciertas relaciones del Estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y *protegerlo contra los peligros que lo amenacen*, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Por ejemplo, el padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor, y si no lo hace se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos, y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de *deberes positivos*, porque, contrario a los negativos, en los cuales

97 Cfr. JAKOBS, "Beteiligung", en *Libro homenaje a E.J. Lampe*, Berlín, 2003, págs. 561 a 575.

98 Sobre posiciones de garantía fundamentadas en la idea de la confianza, PERDOMO TORRES, *Garantenpflichten aus Vertrautheit*, tesis doctoral, en proceso de publicación.

el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos.[99]

[43] Esta fundamentación de la responsabilidad tiene incidencias muy importantes en la estructura del delito, porque, contrario al finalismo, las diferencias entre las diversas categorías del delito (por ejemplo, autoría y participación, formas de imputación objetiva) no se encuentran en el hecho de que se trate de una conducta dolosa o culposa, de acción o de omisión. Dependen de que ubiquemos la conducta en el campo de la competencia institucional o en la competencia por organización. Por ejemplo, los conceptos de autor y de partícipe son distintos según se trate de deberes positivos o negativos. Lo mismo sucede con el comienzo de la tentativa y con la determinación de algunos aspectos del riesgo permitido y la prohibición de regreso, entre otros.

IX. Una teoría unitaria del tipo (acción y omisión, dolo e imprudencia)[100]

[44] En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.

Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el

99 Cfr. Jakobs, *Derecho Penal*, págs. 965 y sigs.

100 Se transcriben apartes de una decisión de la sentencia de la Corte Constitucional SU-1184 del 13 de noviembre de 2001, M. P.: Montealegre Lynett.

desarrollo del mismo (omisión), sino si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Por ejemplo, si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta más de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece cuando, en virtud de relaciones institucionales, se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo no sólo cuando entrega el arma homicida: también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social hacen intercambiables la acción y la omisión.[101] Günther JAKOBS ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón tropiece en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario está realizando una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella.[102]

[45] Esta fundamentación unitaria del tipo trae, entre otras, las siguientes consecuencias: (a) Si se introduce una nueva concepción que exija la creación de un riesgo desaprobado y la realización del mismo como elementos del tipo, el dolo y la imprudencia deben abarcar estos elementos;[103]

---

101 Cfr. SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, págs. 107 y sigs.; SEELMANN. *Grundlagen der Strafbarkeit. Komentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, "Reihe. Alternativkommentar, Neuwied", 1990, pág. 389.

102 Cfr. JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, PEÑARANDA RAMOS (trad.), Bogotá, 1994, págs. 11 y sigs.

103 Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal*, págs. 343 y 344.

(b) Como el riesgo permitido es un elemento común para el dolo y la imprudencia, y el esquema social de interpretación de un suceso es igual en ambas modalidades, la diferencia entre dolo e imprudencia no se encuentra en el tipo objetivo (como lo hizo el finalismo), sino en el plano subjetivo: el dolo es conocimiento del riesgo; la imprudencia, cognoscibilidad del mismo.[104] Las diferencias no están en la imputación objetiva; (c) El autor y el partícipe intervienen en un hecho único, porque el destinatario de la imputación es el colectivo que lo realiza; el cómplice y el determinador no realizan un injusto autónomo, porque el delito efectuado les pertenece a todos en conjunto. La diferencia entre autoría y participación es cuantitativa y no cualitativa;[105] (d) En la tentativa, el injusto del hecho sólo se diferencia de la consumación cuantitativamente —por el grado de desarrollo de la infracción de la norma— porque también exige los elementos de la imputación del delito consumado: la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo.[106]

X. Una teoría de la participación delictiva vinculada a la imputación objetiva

A) El concepto normativo de autor. Algunos rasgos fundamentales

[46] El concepto normativo de autor se edifica sobre los fundamentos de la imputación objetiva. De forma más exacta: es "el desarrollo de las reglas de imputación en los supuestos de comportamientos conjuntos, y, por tanto, precisamente, no es otra cosa que el desarrollo de la estructura normativa de la

104 Cfr. Ibíd., págs. 383 y sigs.

105 Cfr. Lesch, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt a. M., 1992, págs. 284 y sigs.; Lesch, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., págs. 39 y sigs.

106 Cfr. Jakobs, *Tätervorstellung und objektive Zurechnung*, cit., págs. 271 y sigs.; Íd. "Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten", *ZStW* 104, 1992, págs. 82 y sigs.

sociedad".[107] Implica entonces un replanteamiento de las bases sobre las cuales se han estructurado las teorías tradicionales de la participación hasta el momento. Algunos rasgos del modelo normativo son los siguientes.

1. La noción de autor no se infiere del criterio de acción que se adopte, ni de la teoría del tipo. Depende de los fundamentos de la responsabilidad penal

[47] 1. La escisión de la noción de autor en Derecho Penal realizada por la doctrina tradicional implicó la existencia de un concepto de autor para el delito doloso de acción, otro para el delito imprudente, y otro para el delito de omisión. El nuevo sistema del Derecho Penal toma un punto de partida diverso: con base en los fundamentos normativos de la imputación objetiva, en el tipo *no* existen diferencias sustanciales entre el delito de acción y el de omisión, ni entre el delito doloso y el culposo. Por el contrario, todas estas categorías dogmáticas tienen como elemento común la existencia de una posición de garante y la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Entonces, no es posible seguir aceptando la atomización de la autoría que introdujo el finalismo como consecuencia de la división del tipo de injusto.

Las modificaciones en materia de autoría y participación dependen de los dos grandes fundamentos de la responsabilidad penal: la competencia en virtud de organización, y la competencia en virtud de institución. Es en este punto donde encontraremos las divergencias conceptuales más importantes en el plano de la autoría, y no en la división del tipo, según se trate de delitos dolosos o culposos, de acción o de omisión.

[48] 2. En íntima conexión con lo expuesto en apartados anteriores, podemos partir de que existe un *status* general, consistente en que el hombre tiene libertad de configurar el mundo, y de crear riesgos para los

107 JAKOBS, "Intervención delictiva", SÁNCHEZ-VERA (trad.), será publicado en *IV Seminario Internacional sobre Filosofía y Derecho Contemporáneo*, seminario celebrado en la Universidad Externado de Colombia los días 26 a 29 de octubre de 2004.

bienes jurídicos. La contrapartida a esta facultad es la de que cuando se tiene el dominio de un objeto peligroso (fuente de peligro) se está obligado a desplegar medidas de seguridad que mantengan ese riesgo dentro de los límites de lo permitido. Ahora bien, si ese peligro se ha externalizado y amenaza con ingresar en un ámbito de responsabilidad ajeno, o incluso si ya ha alcanzado este ámbito de organización, quien ha creado el riesgo tiene deberes de asegurar esa amenaza de peligro o la organización ajena afectada, para que no se den consecuencias dañinas superiores. El que ha organizado de forma defectuosa está obligado a revocar el peligro creado tomando todas las medidas que estén a su alcance. En estos casos, la expectativa se define negativamente: es necesario mantener separados los ámbitos de organización. Este rol general da lugar a lo que Jakobs denomina *competencia en virtud de organización*, que se caracteriza porque el garante tiene el deber de evitar el resultado, cuando ha creado el peligro para los bienes jurídicos. La actuación contraria a este rol configura un delito de organización.

Pero también existe en la vida de relación un *status* especial, que surge de los roles institucionales. Se trata de aquellos casos en los cuales la expectativa se define a través de las instituciones especiales de la sociedad. En muchos casos el hombre no configura libremente el mundo, porque encuentra ante sí sectores vitales que están preestablecidos en general, en los cuales él puede participar activamente, sin embargo, dentro de un marco normativo ya definido. Se trata de relaciones fundamentales para la estructura social. Por ejemplo la institución familiar, las especiales relaciones de confianza, y el Estado con sus particulares deberes hacia el ciudadano y hacia la administración en sí misma. En estos casos, el rol especial da lugar a la *competencia en virtud de institución*, en el cual la expectativa se define positivamente: se está en la obligación de conformar un mundo en común; hay que mantener unidos los ámbitos de organización. La defraudación de esta expectativa concreta y especial permite hablar de delitos de infracción de deber.

[49] 3. Si aceptamos los planteamientos de Jakobs, en el sentido de que existen dos grandes fundamentos de la responsabilidad penal, según se trate de competencia en virtud de organización o de competencia en virtud

de institución, la consecuencia más importante en materia de participación delictiva es la de que *la calidad de autor, esto es, de la intervención, se infiere de la naturaleza de la expectativa defraudada.* De esta manera, *el factor determinante para la delimitación entre autoría y participación es el alcance que se le otorgue a las posiciones de garante. Los fundamentos de la autoría se infieren así de factores independientes del tipo, y preexistentes a él.* Todo dependerá de si estamos frente a un caso en el cual el deber de protección respecto del bien jurídico surge porque una persona ha creado un riesgo desaprobado al quebrantar los deberes de seguridad en el tráfico que le son exigibles (competencia en virtud de organización), o porque tiene un deber de protección especial en relación con el bien jurídico, con respecto a determinados peligros que lo amenacen. Se trata de deberes que son preconfigurados socialmente, por la pertenencia a una específica institución (competencia en virtud de institución).

Por lo tanto, es posible que algunos delitos de omisión no sean considerados delitos de infracción de deber, y se ubiquen dentro de la categoría de la competencia por organización.[108] También es factible que muchos delitos denominados comunes puedan seguir algunas de las reglas de los delitos en virtud de competencia institucional.

2. *La delimitación entre autoría y participación no depende de la realización de actos ejecutivos*

[50] 1. Tradicionalmente la delimitación entre autoría y participación ha girado, directa o indirectamente, en torno a un criterio formal: la realización de actos ejecutivos. El autor interviene durante la ejecución del tipo; el cómplice, durante los actos preparatorios. Con apoyo en el concepto normativo, se puede ser autor aunque el aporte se otorgue en la etapa de los actos preparatorios, y cómplice aunque la contribución se preste durante los actos de ejecución.

108 En este punto existe una divergencia conceptual con la obra de ROXIN, quien considera a los delitos de omisión como delitos de infracción de deber.

[51] Hay una estrecha relación entre la teoría del dominio del hecho y la teoría objetivo-formal, en el sentido de que sólo es autor quien interviene en la fase ejecutiva del delito. Para estas posturas doctrinales no puede haber coautoría cuando el aporte se presta durante los actos preparatorios. Roxin sostiene que por más importante que sea una contribución durante los actos preparatorios, no se tiene el dominio del hecho, porque "llega un momento en que se tiene que dejar en manos de otra persona la realización del delito". Por consiguiente, solo se puede tener el co-dominio del hecho cuando se actúa en la fase ejecutiva. Toda contribución durante los actos preparatorios, que no sea actualizada durante la ejecución, constituye complicidad.[109]

[52] 2. Para la perspectiva normativista, la calidad de autor no depende de que el aporte se brinde en la etapa de ejecución. Puede haber intervención en calidad de autoría si en la fase de los actos preparatorios se otorgan contribuciones de importancia para la configuración del hecho, aunque estos no se actualicen durante la ejecución. Si la realidad social debe entrar en consideración al momento de concretar los límites de las categorías dogmáticas, debemos concluir que durante los actos preparatorios es posible realizar comportamientos que valorativamente tienen la misma importancia de un aporte entregado en la etapa de ejecución. Es obvio que cuando aceptamos la posibilidad de autoría durante los actos preparatorios, se requiere que al menos otro de los intervinientes dé principio de ejecución al delito. En estos casos, el comienzo de la tentativa por uno de los coautores implica la punibilidad de contribuciones que sólo se prestaron durante la preparación y que posteriormente no se reiteraron en el momento de la ejecución. Como lo afirma Jakobs muy gráficamente: "En la intervención delictiva, ha de diferenciarse entre la confección de la plantilla delictiva (o de una parte de ésta) y el comportamiento del ejecutor: el ejecutor utiliza la plantilla o patrón [...] colorea sobre ella el delito, pero los contornos ya los han fijado, en mayor o menor medida [entonces pudiendo ser una contribución de autoría], los otros intervinientes. De este modo el ejecutor lleva a cabo su obra y la obra de

109 Cfr. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* Fünfte Auflage, Berlin, 1990, págs. 294 y 295.

todos los intervinientes, igual que el autor único, en la ejecución, continúa ejecutando sus propios actos previos".[110] Y enseguida complementa: "incluso el aporte del ejecutor puede ser de una evidente ínfima escasez y, en esos supuestos, por tanto, no hay motivo alguno para atribuirle a él siempre el grado más grave, es decir, la autoría [...] Al respecto, es cierto que desde el punto de vista práctico puede que habitualmente sean los intervinientes en los actos previos quienes declinen en el ejecutor las partes más esenciales, pero que ello no tiene por qué ser así necesariamente lo demuestra la figura del jefe de la banda en organizaciones criminales, donde sucede precisamente lo contrario".[111]

3. *La accesoriedad gira en torno a las posiciones de garante y a la prohibición de regreso*

[53] En la nueva perspectiva, la accesoriedad de la participación no depende de un hecho principal doloso y se admite toda forma de participación imprudente en un delito doloso.[112] La accesoriedad gira en torno al alcance de la posición de garante, más exactamente, en torno a la posibilidad de imputación conjunta del hecho y de la prohibición de regreso. No gira en torno al concepto de dolo y la existencia de un acuerdo entre los intervinientes. Por consiguiente, entra a jugar un papel central la "competencia" por las conductas de terceros; es decir, si existe alguna razón especial para que a la persona que realiza el primer comportamiento le sea imputable la conducta posterior delictiva. La accesoriedad de la participación también es un problema de la imputación objetiva.

110 JAKOBS, Ob. cit.

111 JAKOBS, Ob. cit.

112 Cfr. MONTEALEGRE LYNETT, "Gewicht der heutigen strafrechtsdogmatischen Diskussion in der Praxis aus kolumbianischer Sicht. Zur Frage des Einflusses der Lehre von der objektiven Zurechnung auf das neue kolumbianische Strafgesetzbuch", en *Schriften zum Strafrecht*, cuaderno No. 129, Berlín, págs. 202 a 204.

La accesoriedad de dos comportamientos puede imponerse normativamente, con independencia del acuerdo de voluntades, porque el destinatario de la imputación es un colectivo (integrado por autores y partícipes) a quien se le aplican las mismas reglas de imputación del autor único. Por ende, la interpretación individual que los sujetos dan al suceso a través de su dolo no es determinante, sino la valoración que la sociedad da al suceso. La división de trabajo *vinculante* hacia un objetivo común, que socialmente se interprete como partes recíprocas de una misma conducta delictiva, es suficiente para la coautoría, aunque no haya acuerdo o decisión común al hecho.

[54] El alcance de la posición de garante determina la imputación recíproca de dos conductas, y si la actuación realizada le es extensible a quien ha favorecido la conducta punible de un tercero. Por ejemplo, cuando se tiene el deber de controlar una fuente de peligro, como sería la tenencia de un arma.[113] Si se trata de elementos extremadamente peligrosos que no son de libre circulación (su tenencia sin autorización es un riesgo no permitido), como explosivos, armas de fuego, etc., el garante está en la obligación de desplegar medidas de cuidado para evitar que un tercero dolosamente las utilice en la comisión de un delito. Por consiguiente, si el titular de la custodia, infringiendo los deberes de seguridad que le impone la tenencia de un objeto peligroso, imprudentemente deja la dinamita al alcance de un terrorista, quien la utiliza para la comisión de un atentado, el garante responderá como autor o cómplice culposo (si el riesgo típico le era concretamente previsible) del homicidio doloso realizado o ejecutado por el tercero. En este caso no hay acuerdo de voluntades entre las dos personas para la realización del tipo de homicidio. No obstante, los alcances de la posición de garante, en este caso la posibilidad de imputar el resultado delictivo al actuar conjunto vinculante en virtud de la tenencia de un objeto peligroso y su posterior utilización, señalan la accesoriedad de los dos comportamientos.[114]

113 Cfr. Feijóo Sánchez, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en Derecho Penal?*, Bogotá, 2001, págs. 89 y sigs.

114 Cfr. Lesch, "Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung", *ZStW* 105, 1993, págs. 271 y sigs.

[55] Ahora bien: la conducta de quien imprudentemente deja el explosivo que luego es utilizado por otro en una actividad delictiva puede ser catalogada como complicidad o coautoría culposa en un hecho doloso, de acuerdo con la magnitud del aporte al hecho. Si se trata de un bien escaso (y a esto nos referiremos en detalle en el apartado siguiente), es decir, de difícil adquisición para la comisión de un hecho como el realizado por el autor doloso, su aporte será de coautoría. Si se trata de un bien de fácil consecución, su aporte será de complicidad[115]. En todo caso, aun sin acuerdo de voluntades el hecho del autor o cómplice culposo es el mismo del autor doloso, porque el destinatario de la imputación es el colectivo. La accesoriedad se impone normativamente. "Esto no significa, empero, una renuncia a la accesoriedad. Si el ejecutor [...] también ejecuta para el interviniente, precisamente lo que se deduce de ello de forma evidente es que estamos ante una accesoriedad cuantitativa".[116]

[56] La accesoriedad también puede ser definida negativamente. Es decir, podemos encontrar criterios para determinar en qué situaciones no existe accesoriedad entre dos comportamientos. El instrumento que ofrece la obra de JAKOBS es el de la prohibición de regreso, criterio que hoy en día cumple la función de establecer límites a la imputación jurídico-penal.[117] Se trata de casos en los que alguien, sin defraudar las expectativas que genera su rol, crea una situación en la que otro puede realizar una conducta delictiva. Son fenómenos en los cuales una persona administra correctamente el riesgo que genera una determinada actividad, y otra desvía unilateralmente el peligro creado hacia la comisión de un hecho punible. En estas situaciones existe una prohibición de regreso, en el sentido de que la creación de una situación que otro utiliza para la comisión de un delito no puede serle imputada a

115 La teoría de los bienes escasos de GIMBERNAT ORDEIG (*Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966) puede ser utilizada para delimitar autoría y participación con base en criterios normativos.

116 JAKOBS, *Intervención delictiva*, cit.

117 Cfr. CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Lima, 2003, pág. 75.

quien favorece el hecho actuando dentro del riesgo permitido. A la prohibición de regreso "le corresponde la función de fijar qué comportamiento se mantuvo en el marco del rol y qué comportamiento infringió la norma".[118]

B) Autoría y participación en los delitos de organización

1. Dominio del hecho y aspectos normativos

[57] La teoría del dominio del hecho, como criterio determinante de la autoría, es uno de los grandes aportes de Claus Roxin a la dogmática penal; sin embargo, este autor entiende el dominio anclado en consideraciones fácticas (se habla de la necesidad de aplicar el concepto de dominio de forma "abierta").[119] Esta circunstancia ha originado que en el entendimiento moderno de esta clase de delitos se parta más bien de "delitos de organización", para expresar que el principio de imputación no está en un dominio fáctico sobre un determinado suceso. Se encuentra, por el contrario, en una institución negativa: inmersa en el sinalagma "libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias".

Este es el camino que ha emprendido la dogmática penal actual con el objetivo de armonizar la contribución de Roxin con puntos de vista normativos, donde la línea de unión es la competencia. Es decir: ahora se entiende que en la teoría del dominio del hecho (como la planteó Roxin) se debe buscar "lo normativo", para que pueda ser armónica con el criterio presente en la teoría del delito de infracción de deber. Categoría que este mismo autor fundó y a la que nos referiremos en el siguiente apartado.

---

118 Ibíd., p. 76.

119 Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7a. ed., 2000, págs. 122 y sigs. En Hispanoamérica, el libro de Miguel Díaz y García Conlledo (discípulo de Claus Roxin), es uno de los trabajos más importantes sobre el tema. Cfr. *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, ppu, 1991.

[58] El quebranto de la institución negativa da lugar, en consecuencia, a los delitos de organización o de dominio del hecho;[120] el autor de estos delitos extiende su ámbito de organización de forma no permitida a costa de ámbitos de organización ajenos, él organiza de forma defectuosa; aquí no es relevante si la prohibición de "dañar" se lesiona a través de una acción o de una omisión. Ejemplificativamente: dejar la puerta de una fábrica abierta teniendo el deber de velar por su seguridad en la noche es tanto como abrirla en el momento no indicado. De esta obra que el Derecho penal funcionalista denomina "lesión de la norma" es competente todo interviniente que, por lo menos, ha configurado alguno de los elementos del delito: "El aporte no debe ser, pues, neutral, socialmente adecuado, sino que debe estar relacionado especialmente con el delito", ha de ser un aporte por lo menos "teñido delictivamente"[121] de acuerdo con su significación social.

En los delitos de organización los participantes pueden tener más o menos dominio del hecho (es una cuestión cuantitativa y no cualitativa). Con palabras de JAKOBS: "puede haber señores y figuras marginales, o, si se quiere, señores del hecho y hombrecillos del hecho",[122] pero este dominio fáctico no determina la calidad de la intervención como autor o partícipe. *Los límites entre autoría y participación se determinan por el peso de cada intervención*, diferenciación que, según JAKOBS, debe ser graduada en el ámbito de la medición de la pena.[123]

De lo que se trata es de hacer un juicio comparativo entre los diversos aportes, con el fin de establecer su importancia en la configuración del hecho. Si de esta valoración se infiere que no todas las contribuciones tienen la

120 JAKOBS (*Intervención delictiva*, cit.) utiliza cada vez menos el concepto de dominio del hecho. Hace la salvedad de que no es que se desdeñe la valía que este concepto ha demostrado hasta ahora, sin embargo, su configuración acusa demasiadas confusiones.

121 Ídem.

122 ÍD. *Injerencia y dominio del hecho*, cit., pág. 109.

123 ÍD. *Intervención delictiva*, cit.

misma entidad, porque entre ellas existen diferencias significativas, debemos deslindar la cuota de responsabilidad que a cada uno le concierne en el delito. *Los coautores deben brindar aportes de igual jerarquía y entidad relevante para la estructuración del suceso típico.*[124] *Los cómplices, de menor significado para la realización del tipo.*

2. *El peso del aporte*

[59] Al afirmar que es el quántum del aporte el criterio básico para delimitar autoría y participación, se establece simplemente un principio rector para la solución de los casos concretos. No se trata de una fórmula cerrada, bajo la cual podamos subsumir la fenomenología que presenta la vida social. Es posible ofrecer algunos criterios que, si bien no son utilizados por Jakobs, sirven, según nuestra opinión, de *orientación* para valorar el peso del aporte en cada caso concreto y en relación con una semántica social determinada. Primero, la teoría de los bienes escasos que planteó hace varios años Enrique Gimbernat Ordeig y, segundo, el criterio de la realización de elementos típicos.

124 Muy acertadamente van Weezel ("Coautoría en delitos de organización", en *El funcionalismo en Derecho Penal, Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. II, cit., págs. 278 a 323) vincula la determinación de las cantidades de configuración con la estructura de los correspondientes tipos penales (pág. 316). Así lo expresa para la co-autoría: "Cuando la realización del tipo —en los supuestos de actuación conjunta— se entiende como infracción colectiva del deber, la coautoría deja de constituir un problema especial. La configuración parcial que funda competencia por el hecho típico es la base de la mancomunidad que hace posible la imputación de la realización típica a todos los partícipes. Si varios partícipes configuran en similar medida lo característico de la realización típica, puede hablarse de coautoría [...] Coautoría es, en ese sentido, la respuesta a la cuestión acerca de en qué medida una persona puede ser considerada y tratada como autor, no obstante que la realización del tipo resulta del comportamiento de varios. Coautores son aquellos partícipes en un hecho punible que, en razón del significado social de su contribución a la realización del tipo, deben ser castigados con la pena prescrita en la ley para quien actúa en solitario" (pág. 322).

a. La teoría de los bienes escasos[125]

[60] Las contribuciones al hecho pueden revestir dos modalidades: la entrega de un bien[126] (por ejemplo, del instrumento con el cual se cometerá el delito) o la prestación de un servicio[127] (por ejemplo, suministrar una información o conducir un auto). En estas situaciones, la importancia del aporte puede determinarse por la naturaleza de la prestación: si se trata de instrumentos, o de comportamientos que pueden ser calificados como *escasos* en la interacción social, la contribución reviste una significación especial en la configuración del hecho, y por tanto se estructura una coautoría. Por el contrario, si son *bienes abundantes*, de fácil adquisición, el aporte es de complicidad.

Ejemplo: en una riña que se origina en una taberna, uno de los contendientes busca afanosamente un instrumento para agredir a otro. Es ese contexto, un tercero le facilita una de las botellas que se encuentran en la mesa, para que inicie el ataque. O cuando uno de los combatientes se desplaza hacia su vehículo para tomar el arma y contrarrestar la ofensa, uno de los amigos le facilita el revólver propio. ¿Cómo calificamos la actividad de quien suministra el objeto? ¿Se trata de coautoría? ¿O se trata de complicidad?

La importancia del aporte —es decir, la entrega de la botella o del revólver— no puede valorarse desde una perspectiva causal, porque de acuerdo con la teoría de la equivalencia todas las condiciones tienen idéntico valor para la producción del resultado. La relevancia de la contribución se determina por la *escasez* del bien. Si en el contexto de la situación concreta se trataba de un instrumento de fácil acceso, porque el autor podía escoger entre varios objetos peligrosos que se encontraban a su disposición, la entrega es complicidad. Si se trataba de bienes de difícil adquisición, es coautoría. En el caso del ejemplo, la conducta de quien entrega el instrumento es de

125 GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, cit., págs. 151 y sigs.

126 Ibíd., pp. 155 y ss.

127 Ibíd., pp. 167 y ss.

complicidad, porque al combatiente le resultaba muy fácil adquirir un arma: simplemente podía tomar cualquiera de las botellas que se encontraban en la mesa, o el revólver que tenía guardado en su vehículo. Como afirma Gimbernat: "En el lenguaje corriente se habla de cosas sin las que no se hubiera podido llevar a cabo un determinado propósito. Esta frase tiene sentido, aunque se desconozca cuál es el curso que habrían tomado los acontecimientos si el objeto no se hubiera recibido. Y tiene sentido siempre que se trate de que alguien pone a disposición del sujeto un bien escaso. En cambio, de un bien abundante, y aun cuando haya contribuido también a la producción de un determinado resultado, no se dice que gracias a él el propósito ha sido alcanzado".[128]

[61] Cuando la contribución consiste en una actividad, el criterio es útil en caso de comportamientos que solo pueden realizar un ámbito restringido de personas, porque cuentan con información que no es asequible al común de la gente. Ejemplo: una mujer pretende abortar, y un amigo le facilita la dirección de un médico que realiza estas actividades. El suministro de la información puede ser calificado como coautoría o complicidad, dependiendo de si la prestación es un bien abundante o un bien escaso. Si se trata de un ámbito social en el cual es difícil obtener esta clase de información, la conducta es de coautoría; si es de fácil acceso, porque incluso en los periódicos de amplia circulación veladamente se anuncian actividades ilegales, la conducta será de complicidad.

b. La realización de elementos del tipo

[62] El *quántum* no puede inferirse únicamente del valor fáctico de la contribución, porque el criterio fundamental es el significado comunicativo que tiene el aporte en la configuración del hecho. Hay ciertos actos que siempre constituyen autoría, por la trascendencia que tienen en la lesión a la vigencia de la norma, como modelo del contacto social. En efecto, si el tipo penal considera que algunas conductas solo son relevantes cuando se realizan a

128 Ibíd., p. 157.

través de circunstancias modales, significa que las circunstancias revisten especial importancia en la configuración del suceso. En consecuencia, puede considerarse coautor a toda persona que realiza un elemento del tipo.

En los llamados tipos cerrados, será siempre coautor la persona que ejecute una circunstancia modal. Por ejemplo, si una mujer sujeta por la fuerza a otra, para que un tercero la acceda carnalmente, es coautora de abuso sexual violento. En los tipos abiertos, la realización de actos consumativos siempre es autoría, si quien ejecuta la acción es competente para la evitación del resultado. Por ejemplo, disparar sobre la víctima o asestar la herida mortal.

[63] La solución planteada difiere de la teoría objetivo-formal, porque a diferencia de ésta se puede ser autor aunque el aporte se entregue durante los actos preparatorios: para ser competente por la lesión de una norma no se tiene que estar presente de carne y hueso, y mucho menos hay que mover las propias manos.[129] Lo mismo vale para el cómplice, aunque su contribución se preste en la etapa de ejecución. También se diferencian porque la tesis que defen-demos apunta a un ámbito más restringido: considera que siempre es autoría la realización de un elemento del tipo. En cambio, en la teoría objetivo-formal es siempre autoría la comisión de actos ejecutivos. Aspectos que no coinciden en un grupo numeroso de casos.

C) Autoría y "participación" en los delitos de infracción de deber

1. Regla general: el obligado institucionalmente siempre es autor

[64] En los supuestos en que un sujeto defrauda expectativas por no desempeñar correctamente los deberes vinculados a una institución positiva, la autoría y la participación no pueden delimitarse acudiendo a la magnitud del aporte que cada uno de los intervinientes da al hecho. El criterio para delimi-

129 JAKOBS, *Intervención delictiva*, cit. Una excelente presentación de las diversas teorías sobre la autoría puede encontrarse en la obra de DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, citada anteriormente.

tar autoría y participación no es cuantitativo, porque lo determina sólo el *status* que ocupa el obligado institucional. Por esta razón, *toda contribución a la comisión del hecho es autoría, aunque se trate de aportes insignificantes*. Como afirma Sánchez-Vera, el autor que más ha trabajado en Alemania e Hispanoamérica las incidencias de los deberes positivos en la teoría de la intervención delictiva: "el obligado positivamente responde en caso de incumplimiento como autor [...] y ello con independencia de si junto a él un actuante —con o sin dominio del hecho—, un omitente o las fuerzas de la naturaleza contribuyeron a que se produjese el resultado".[130]

[65] Si el delito es de aquellos que sólo pueden ser realizados por un obligado institucional (por ejemplo, los delitos de funcionarios, donde resulta conveniente la aclaración de que no todos los delitos de infracción de deber se encuentran positivizados, pues de lo que se trata es del tipo de interpretación),[131] la intervención del titular del rol institucional convierte el comportamiento de los demás colaboradores en participación delictiva (instigación o complicidad),[132] así éstos hubieren jugado un papel de gran importancia en la estructuración del suceso; comportamientos que, en situaciones de competencia por organización, serían valorados como coautoría. *Quien no sea titular del rol siempre es partícipe así tenga el dominio del hecho, y el titular es autor aunque no haya sobredirigido el suceso hacia la lesión del bien jurídico*. En estos casos opera el principio de la unidad del título de imputación, y todos responden por el mismo delito del obligado institucionalmente. Ejemplo: un servidor público, encargado en virtud de sus funciones de custodiar o administrar bienes del Estado, le suministra información a un particular sobre la forma como puede apoderarse de los caudales. La actuación del *intraneus* es siempre autoría, aunque su aporte pueda ser considerado como

130 Sánchez-Vera, "Delito de infracción de deber", en *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, cit., pág. 282; Íd. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., págs. 181 y sigs.

131 Cfr. Ibíd., pág. 186.

132 Sobre la posibilidad de la participación del *extraneus* en delitos cometidos por *intranei*, Ibíd., págs. 215 y sigs.

complicidad si se valora de acuerdo con las reglas de la competencia en virtud de organización. Por su parte, el *extraneus* es cómplice, aunque fácticamente tenga el dominio del hecho.

[66] ¿Por qué razón la persona que tiene el *status* siempre responde como autor, independientemente del aporte cuantitativo al hecho? La respuesta viene dada por la naturaleza de la expectativa que defrauda. El garante institucional tiene la obligación de proteger el bien jurídico contra determinados ataques que se presenten en su contra. Ese deber especial de protección se vulnera siempre que el autor defrauda las expectativas que surgen del rol impuesto institucionalmente, y es independiente de la forma como se infrinja. El quántum de la infracción no tiene relevancia pues, cualquiera que fuere la forma que adopte, se defrauda el deber especial de protección.

En los delitos en los cuales el sujeto tiene deberes que están asignados institucionalmente, quien ostenta el *status* ocupa una particular posición de garante. Ello implica que tiene el deber de evitar determinadas conductas que conduzcan a la lesión o puesta en peligro del bien que se encuentra dentro de su ámbito de responsabilidad. ¿Qué acontece si un garante institucional no hace absolutamente nada para evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico? Sencillamente que responde como autor de un delito de infracción de deber, en este caso por omisión. Pues bien: si el no hacer nada lo convierte en autor, por omisión, la situación no puede cambiar por el hecho naturalístico de que el sujeto obligado institucionalmente despliegue una actividad que favorezca la conducta delictiva de un tercero.

Ejemplo: el padre tiene una posición de garante frente a su hijo, y está obligado institucionalmente a evitar peligros que surjan en su contra. Si el padre observa que alguien va a dar muerte a su descendiente, y pudiendo hacerlo no evita la muerte, es autor por omisión del homicidio realizado. Nos preguntamos: ¿debe modificarse la situación cuando el padre contribuye activamente, facilitando el arma?; ¿puede sostenerse que cuando no hace absolutamente nada es autor, y cuando presta el instrumento homicida se convierte en cómplice? La respuesta a tales interrogantes, por supuesto, es

negativa, porque aquí no interesa cómo se produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. El rol institucional se defrauda porque el agente incumplió las expectativas sociales que le imponían el deber de evitar algunas amenazas que surgieran contra el bien jurídico. Quien ostenta el *status* realiza el tipo siempre en forma directa, y por ende su comportamiento es de autoría. Vale la pena aclarar, sin embargo, que el quebranto de la institución positiva por parte del padre implica también una violación de la institución negativa, pues es obvio que el deber del padre de edificar un mundo en común con su hijo contiene también el deber general negativo de no dañarle; dado la especialidad del deber positivo el padre será autor y no mero partícipe, aunque solo hubiere facilitado el arma.

2. *Casos en que el obligado institucionalmente responde como partícipe*

[67] No obstante, y esto para aclarar las implicaciones que tiene la teoría del delito de infracción de deber, nos podemos encontrar con casos en los cuales es acertado hablar de una participación y no de autoría del obligado positivamente, en contradicción con el principio general anteriormente mencionado. Se trata de aquellas hipótesis en las cuales la infracción del deber no coincide con la realización del tipo, de situaciones en las que la persona no cumple con las exigencias típicas hechas al autor (esto se da por ejemplo en los delitos de propia mano). En estos supuestos, el obligado positivamente debe ser penado como partícipe.[133] Lo mismo tiene validez cuando se trata de

133 Cfr. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., págs. 477 y sigs.; Jakobs, pág. 1029; Sánchez-Vera. Ob. cit., págs. 199 y sigs. A pesar de que éstas son las consecuencia de la teoría del delito de infracción de deber, son precisamente ellas las que le plantean nuevos interrogantes a la dogmática penal; en este punto, se cuestiona hoy en día la existencia de los delitos de propia mano, pues es evidente que la formulación típica de los códigos penales está, en la mayoría de los casos, en contra de un entendimiento amplio y moderno de los fundamentos de responsabilidad. Ya la jurisprudencia penal europea empieza a reconocer la posibilidad de que, por ejemplo, la madre pueda ser sujeto activo del delito de acceso carnal violento, poniendo en duda la categoría de los denominados delitos de propia mano y reconociendo de esa forma la prevalencia de la

delitos como el hurto que exigen circunstancias especiales ("propósito de obtener provecho para sí o para otro") que pueden estar ausentes en el supuesto de hecho determinado. Esta situación, además de resaltar una vez más el carácter personal del deber positivo, *recalca lo importante de determinar con claridad y exactitud la posición de garante en el caso concreto.* El obligado positivamente es entonces partícipe sin detrimento de la responsabilidad por el delito de organización que sea cometido por los demás intervinientes.

3. *El fenómeno de la coautoría*

[68] Conveniente resulta en este punto hacer unas breves consideraciones en torno a la figura de la coautoría. Aquí se debe diferenciar atendiendo dos puntos de vista: primero se debe preguntar si puede existir coautoría entre un delito de dominio y un delito de infracción de deber, y segundo, si esta figura cabe entre dos obligados de forma positiva.

1. En el primer evento, y siguiendo los lineamientos generales esbozados, un *extraneus* nunca puede ser autor de un delito de infracción de deber. Le cabrá entonces responsabilidad, a título de autoría del delito de organización respectivo. Volviendo al ejemplo anterior: el padre organiza en conjunto con un tercero el homicidio de su hijo; en este caso el tercero no es autor de un delito de infracción, pues al ser tercero no se encuentra obligado por el deber positivo, es decir, un *extranues* no puede ser coautor de un delito de infracción de deber. Esto, por supuesto, significa la posibilidad de realización en autoría paralela del delito general de organización, cuando el aporte sea suficiente para fundamentar su autoría. Esto es, del delito no especial. En el caso concreto: el homicidio.[134] El padre, en el caso mencionado, sería autor del delito de infracción de deber. Como se dijo, en autoría paralela. No se trata entonces de una coautoría.

134 Cfr. ÍD., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., págs. 201 y sigs.

2. El segundo de los supuestos se torna imposible de acuerdo con lo dicho sobre el carácter personal del deber. Si se quiere realizar un análisis sistemático de los elementos característicos de la teoría del delito de infracción de deber, se debe rechazar la posibilidad de existencia de deberes compartidos, pues el deber se ostenta o no se ostenta. Lo que sucede es que éste puede estar al mismo tiempo en cabeza de varias personas, lo que por supuesto no le quita el carácter personalísimo. Esta imposibilidad queda demostrada si se recurre a un ejemplo en el que el deber puede ser cumplido por varias personas: piénsese en los funcionarios penitenciarios, quienes deben cumplir determinadas tareas para evitar las fugas, so pena de hacerse acreedores a las sanciones penales previstas. En este caso, y tratándose por ejemplo de una fuga masiva, se podría pensar que el tipo penal sólo se realiza en la medida en que cada uno de los intervinientes ejecute su aportación (el no cumplimiento de la tarea específica). Es decir, que no cumplan el deber de forma cumulativa. Sin embargo, lo que precisamente deja al descubierto la teoría del delito de infracción de deber es que cada obligado positivamente, solamente por el hecho de serlo, al incumplir el deber lo está lesionando perfectamente. Otra cosa bien distinta será que el hecho no se realice por la presencia de otro tipo de circunstancias (por ejemplo, los reclusos fueron aprehendidos a unos pocos metros del establecemiento carcelario); en nuestra opinión, esto deja abierta la posibilidad de responsabilidad por tentativa.[135]

4. *Hipótesis de autoría mediata*

[69] Sobre la posibilidad de autoría mediata: aquí también podría diferenciarse entre dos grupos de casos. Por un lado, aquellos en los que el hombre de adelante (autor inmediato) es un *extraneus* y el de atrás (mediato) un *intraneus*. De otra parte, cuando tanto el hombre de atrás como el de adelante son *intraneus*.

Si se parte de que, tratándose de autoría mediata, el hombre de atrás siempre es competente por la calidad de instrumento del hombre de adelan-

135 Cfr. Jakobs, *Derecho Penal*, pág. 805; Sánchez-Vera. Ob. cit., págs. 202 y sigs.

te, y de esa forma se hace un análisis genotípico y no fenotípico, se tiene que existe sólo un interviniente en realidad, pues al instrumento le es negada su calidad como persona en Derecho. Él es simplemente naturaleza y, por tanto, degradado a la calidad de intrumento mecánico; el verdadero y único actuante siempre será el hombre de detrás. Así las cosas, cuando un *intraneus* utiliza a un *extraneus*, se tiene por resultado la lesión del deber por parte del obligado positivamente, lo que como ya se mencionó en repetidas ocasiones fundamenta autoría. La diferenciación entre autor mediato e inmediato pasa a ser, por esto, una cuestión didáctica.

[70] Si se intenta solucionar el supuesto contrario, es decir, la intervención de dos *intraneus*, hombre de detrás y de delante, la solución salta a la vista. Si, como se afirmó arriba, la calidad de instrumento mecánico es equivalente con la de instrumento humano, no existe pues diferencia alguna cuando el *intraneus* utiliza como instrumento a otro *intraneus* con actuar no doloso.[136]

ANOTACIÓN FINAL

Como se desprende de la exposición anterior, se intenta corregir algunas imprecisiones dogmáticas y la dispersión de fundamentos en el tratamiento de los diferentes conceptos penales de origen naturalista. Un Derecho Penal funcionalista, esto es, basado en la función[137] de la pena estatal, ofrece indudablemente nuevos fundamentos para una reestructuración sistemática de lo que debe entenderse como hecho delictivo.

---

136 Cfr. ÍD. págs. 211 y sig.

137 Sobre el entendimiento de "función" como contribución "que —independientemente o con otras— mantiene un sistema", JAKOBS, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken", *ZStW* 107, 1995, pág. 844. Existe versión en castellano CANCIO MELIÁ y FEIJOÓ SÁNCHEZ (trads.), ya citada como *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*, pág. 10.

El moderno funcionalismo jurídico-penal: algunas reflexiones críticas sobre su configuración científica

Miguel Polaino Navarrete

Sumario: I. Las dimensiones básicas del Derecho: de la teoría tridimensional a la teoría tetradimensional del Derecho; A) Dimensión social; B) Dimensión normativa; C) Dimensión valorativa; D) Dimensión temporal; *1. La trascendencia del tiempo en el Derecho; 2. Conocimiento 'sincrónico' y conocimiento 'diacrónico' del Derecho en la Gnoseología jurídica*; II. ¿Nuevas dimensiones del Derecho Penal? Hacia una teoría pluridimensional del sistema social y del sistema jurídico; A) Dimensión personal; B) Otras (posibles) dimensiones; III. El sistema normativo-funcionalista del Derecho Penal: aportaciones dogmáticas sobre norma, persona y sociedad en el sistema de Jakobs; A) El punto de partida: la estrecha conexión entre Derecho Penal y Sociedad; *1. Las aportaciones de las teorías sociológicas clásicas o premodernas: Sociología del Derecho y Derecho Penal; 2. Las modernas teorías de los sistemas sociales (especial referencia a la teoría de Niklas Luhmann); 3. Teoría de los sistemas y sistema funcionalista del Derecho Penal;* B) Relevancia histórica del concepto de persona; C) El renacimiento del concepto de persona en la teoría de Jakobs.

I. Las dimensiones básicas del Derecho: de la teoría tridimensional a la teoría tetradimensional del Derecho

En el ámbito de la Teoría General del Derecho se ha desarrollado una doctrina, conocida como "teoría tridimensional del Derecho", que pone de relieve las tres dimensiones esenciales de la experiencia jurídica, a saber: sociedad, norma y valor,[1] y que ha tenido numerosos seguidores en diferentes

1 Suele citarse como paradigmática una obra del jurista brasileño Miguel Reale titulada *Teoria tridimensional do Diritto* publicada en 1940 (versión española: *Teoría*

países.[2] Posteriormente, se ha sostenido la necesidad de incorporar una nueva dimensión más, igualmente esencial y útil para el conocimiento del Derecho: el tiempo (mensurado a lo largo de la Historia). A continuación analizaremos brevemente cada una de estas dimensiones esenciales.

---

tridimensional del Derecho, traducción de J.A. Sardina-Páramo, Edeval, Valparaíso, 1978). Además: ÍD. "La Science du Droit selon la théorie tridimensionnelle du Droit", en *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, I, *Théorie générale du Droit*, Établissements Émile Bruylant — Bruxelles, Éditions Sirey — París, 1963, págs. 211 y sigs.; ÍD. *Introducción al Derecho*, Pirámide, Madrid, 1979. *Cfr.*, sobre las dimensiones del Derecho, H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Les Dimensions du Droit. Etudes de Philosophie du Droit*, Librairie generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1978, págs. 7 y sigs.; ÍD., *Elements d'une introduction a la Philosophie du Droit*, L.G.D.J., París, 1976, esp. págs. 35 y sigs.

2 Entre los defensores o partidarios de la "teoría tridimensional del Derecho" se encuentran los siguientes autores: Eduardo GARCÍA MAYNEZ, *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1963; Luis RECASENS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1978; Wilhelm SAUER, *System der Rechts und Sozialphilosophie. Vorlesungen zugleich über Allgemeine Philosophie und Soziologie*, 2. Völlig neu bearbeitete Auflage des Lehrbuchs der Rechts und Sozialphilosophie, Verlag für Recht und Gesellschaft AG. Basel, 1949, págs. 174 y sigs.; ID., *Einführung ind die Rechtsphilosophie für Unterricht und Praxis*, 2. wesentlich neubearbeitete Aufl., Duncker & Humblot, Berlín, 1961, págs. 118 y sigs.; Norberto BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960; ID., *Contribución a la Teo-ría del Derecho*, estudio preliminar y traducción de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980; ID., *Teoría General del Debate*, traducción de E. Rozo, Debate, Madrid, 1991; Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1973; Elías DÍAZ GARCÍA, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1974; José M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del pensamiento jurídico*, 3a. edic., Sección de Publicaciones, Universidad Complutense, Madrid, 1977; Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, "Concepto del Derecho y experiencia jurídica", en *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*, 6a. edic., Mergablum edición y comunicación, Sevilla, 1998, págs. 43 y sigs., y *passim*; ÍD., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 37 y sigs.; Ramón SORIANO, *Compendio de Teoría general del Derecho*, 2a. edic., corregida y aumentada, Ariel Derecho, Madrid, 1993, págs. 15 y sigs.

A) Dimensión social

La primera dimensión del Derecho reside en que toda experiencia jurídica constituye un hecho social, es decir, un hecho con relevancia, significado o proyección social.[3] Esta dimensión social es irrenunciable en todo Ordenamiento Jurídico y en toda experiencia jurídica: es obvio que cuando una persona comete un homicidio, una defraudación a la Hacienda Pública o un atentado contra la autoridad, etc., tales hechos antijurídicos implican necesariamente una proyección social. El Derecho surge, ante todo, para intentar conseguir y garantizar un orden social determinado.[4] Y por ello se habla del Derecho como un instrumento de control social.[5] El Derecho se integra en la Sociedad, y por ello hay entre ellos una recíproca interrelación, una mutua interdependencia.

El Derecho Penal, como parte o sector del Ordenamiento Jurídico en su conjunto, tiene lógicamente una proyección social ineludible, y ello porque sanciona determinadas acciones humanas (delitos o faltas: matar, lesionar, violar, injuriar, defraudar, hurtar, etc.) con una pena (prisión, multa, inhabilitación, etc.), o una medida de seguridad (internamiento en centro de

---

3 *Cfr.* Karl OLIVECRONA, *Law as a fact*, London, 1939, esp. págs. 80 y sig. (second edition, Stevens & Sons, London, 1971), quien —fiel a un empirismo radical— pretende explicar el Derecho como un puro acto.

4 LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1972, pág. 27: "el Derecho es ante todo un mecanismo para imponer y garantizar un orden social".

5 Que el Derecho (en general) cumple una función de control social es lógico y evidente. Ahora bien, algunos penalistas ponen especial énfasis en esta misión, como si fuera exclusiva del Derecho Penal, y no del Ordenamiento Jurídico en su conjunto. A mi juicio, este concepto de control social es tan vago y ambiguo, como etéreo. En última instancia, decir que el Derecho Penal cumple una misión de control social es decir muy poco o —incluso— es como decir nada: nada específico aporta a la descripción del Derecho Penal el afirmar que sea un instrumento del control social, pues esta misión es predicable de todo el Ordenamiento. *Cfr.*, con mayores referencias, Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal*, 5a. edic. actualizada con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 144 y sig.

tratamiento, prohibición de estancia o residencia en determinados lugares, privación del derecho a conducir vehículos de motor, etc.), precisamente porque tales acciones lesionan o ponen en peligro un bien jurídico (vida, salud, libertad, sexualidad, honor, patrimonio, etc.).[6]

Todo delito implica la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico ajeno. Precisamente la ajenidad del bien objeto de lesión o de puesta en peligro indica la proyección social del delito, porque la acción delictiva trasciende más allá de las barreras de la propia persona individual, lesionando una esfera ajena, de una manera que entraña tal gravedad nociva que la Sociedad la considera intolerable y merecedora de conminación penal.

De esta proyección social del delito, en la actualidad, es difícil prescindir: ni aun las más subjetivistas doctrinas (que sitúan el centro de atención en la persona) se configuran con absoluta exclusión de la relevancia social del hecho.

Excepciones constituyen los más lamentables episodios de la Historia del Derecho Penal, como los vividos en la Alemania nazi, donde se pretendió instaurar un Derecho de autor ("*Täterstrafrecht*") o de la voluntad ("*Willensstrafrecht*"), que no exigía que se manifestara la "voluntad criminal" al exterior (a la realidad social) sino que sólo requería que se acreditara la existencia de una tal pretendida voluntad criminal para que el sujeto (normalmente de una raza o de unas condiciones personales determinadas) fuera sancionado.

Lógicamente el moderno Sistema de la Dogmática Penal de corte funcional normativista, del que es máximo representante el Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Penal en la Universidad de Bonn Günther JAKOBS,

6 Ampliamente, sobre el concepto y la evolución dogmática del concepto de bien jurídico, Miguel POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en Derecho Penal,* Anales de la Universidad de Sevilla, núm. 19, Servicio de Publicaciones, Sevilla, 1974, *passim*; ÍD. *El injusto típico en la teoría del delito,* Mario A. Viera Editor, Mave, Corrientes (Argentina), 2000, esp. págs. 319-675; ÍD. *Derecho Penal. Parte General,* tomo II, *Teoría jurídica del delito,* volumen I, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, Cap. 13.

no sólo no prescinde de esta perspectiva del Derecho como hecho social,[7] sino que lo acoge como centro del sistema jurídico: "lo que ha de ser resuelto es siempre un problema del sistema social".[8]

El sistema penal funcionalista de JAKOBS concibe el Derecho como parte integrante de la Sociedad: como sistema social, o subsistema de la Sociedad. sobre el fundamento de este básico apuntamiento extrae muy sugerentes consecuencias (algunas de las cuales analizaremos en este mismo trabajo), que parten de la "teoría de los sistemas" de Niklas LUHMANN, pero también de una larga tradición filosófica y sociológica-jurídica de rancio abolengo.

Gráficamente ha escrito JAKOBS:[9] "La solución de un problema social a través del Derecho Penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídi-

---

7 Citando a su maestro 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*". *Vid.* Günther JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin —New Yok, 1991 (= *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, pág. IX).

Críticamente sobre la idea de protección de valores ético-sociales por parte del Derecho Penal, Miguel POLAINO NAVARRETE, "Naturaleza del deber jurídico y función ético-social del Derecho Penal", en José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, Carlos María ROMEO CASABONA, Luis GRACIA MARTÍN, Juan Felipe HIGUERA GUIMERÁ (Editores), *La Ciencia de Derecho Penal ante el nuevo Siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, págs. 109 y sigs..

8 JAKOBS, Günther, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", *ZStW*, Band 107, Heft 4, 1995, págs. 843 y sigs. (= *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, pág. 20).

co 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". Ya antes había señalado JELLINEK que "el conocimiento del Derecho Penal de un pueblo nos permite determinar el grado de cultura alcanzado por éste".

B) Dimensión normativa

Todo Derecho presenta una dimensión normativa, es decir, todo Ordenamiento Jurídico es un complejo de normas con determinadas características, que son positivadas por un órgano legítimo de poder (poder legislativo) y recogidas en leyes u otras disposiciones normativas. Por ello, se habla también —en oposición al Derecho Natural— de Derecho 'Positivo'[10] (de '*posi-tum*': lo que el legislador 'pone' o 'establece' como Derecho en la norma jurídica).

El concepto de norma jurídica se presenta, pues, como uno de las elementos esenciales integrantes del propio concepto de Derecho.[11] La consecución del orden social solamente puede alcanzarse mediante la articulación

---

10 *Cfr.* Karl OLIVECRONA, *o.u.c.*, págs. 77 y sig., para quien es enteramente superfluo el calificativo "positivo" unido al substantivo "Derecho", que además puede ser malentendido porque se conecta con la idea de que el Derecho es "puesto", en el sentido de ser una expresión de la voluntad del legislador, por lo que propone —para hablar del Derecho mismo— decir únicamente "Derecho" sin el adjetivo "positivo", entonando un significativo "adiós" al Derecho "Positivo".

11 Mayores referencias en Miguel POLAINO NAVARRETE, "Reflexiones sobre la norma jurídico-penal: estructura, naturaleza y funciones", en *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*, Legis. Bogotá *et. al.*, 2005, págs. 489 y sigs. (también en: Günther JAKOBS/Miguel POLAINO NAVARRETE, *Función de la pena estatal y evolución de la Dogmática post-finalista (Estudios de Derecho Penal Funcionalista)*, Discursos de investidura como Doctores *Honoris Causa* por la Universidad de la Barra Nacional de

de determinadas normas jurídicas. Las normas jurídicas constituyen el objeto primario del Ordenamiento.[12]

Ahora bien, no todo complejo de normas constituye un Ordenamiento, aunque todo ordenamiento es un complejo (ordenado) de normas. El orden es un elemento esencial del Ordenamiento, que —junto a otras notas características— hacen del Ordenamiento Jurídico un sistema: el Derecho es un sistema de normas, ordenado, unitario y coherente.

Esta unidad y coherencia del Ordenamiento no obsta para que, en ocasiones, puedan producirse lagunas legales, que habrán de ser integradas o colmadas en la medida de lo posible, con los medios legales disponibles al efecto (*v. gr.* analogía, interpretación analógica, etc.).

Abogados, México, D.F. *Laudatio* a cargo de Eduardo López Betancourt, Presentación de Xavier Gómez Coronel, Editorial Porrúa, México, 2006, págs. 145-167); ÍD., *Derecho Penal. Partegeneral*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal*, 5a. edic. actualizada con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 181 y sigs.

12 *Vid.* Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, pág. 4, quien destaca que la *Ciencia del Derecho Penal* es aquel sector de las Ciencias jurídicas que trata del Derecho Penal, dentro del ámbito de las denominadas Ciencias espirituales, culturales y normativas: el Derecho Penal, como todo Derecho, y la pena, como su más importante sanción jurídica, constituyen fenómenos de la vida espiritual valorativa; la misión científica esencial estriba en elaborar, de forma coherente susceptible de ser comprendida, las conexiones espirituales y las estructuras existentes en este sector del Derecho, haciéndolas ostensibles: el objeto primario de esta aspiración son las leyes penales vigentes; Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la Ciencia del Derecho Penal*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999, pág. 36; Eugenio Raúl ZAFFARONI / Alejandro ALAGIA / Alejandro SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 35: "la legislación penal es el material básico de interpretación del Derecho Penal". *Cfr.*, sin embargo, Tomás Salvador VIVES ANTÓN, "Dos problemas del positivismo jurídico", en *Escritos penales*, Universidad de Valencia, 1979, págs. 341 y sigs., esp. 352, quien sostiene que "las reglas positivas remiten fuera de sí mismas, y la 'teoría' del Derecho no puede elaborarse sin presupuestos 'metateoréticos'. Y, en consecuencia, no cabe efectuar una separación tajante entre el Derecho Positivo y el Derecho ideal al que éste remite como fundamento legitimador".

C) Dimensión valorativa

El Derecho persigue siempre determinados fines (esencialmente aspira a hacer realidad un fin de justicia, pero asimismo pretende satisfacer otros fines concomitantes con el mismo, como la tutela de bienes, la prevención frente al fenómeno de la criminalidad, el aseguramiento de las libertades, el logro del bien común, el control social mediante la intervención penal mínima y necesaria, etc.), lo cual implica una ineludible actividad axiológica, a través de una concreta valoración de determinados bienes: la aplicación de una determinada filosofía de los valores.

Tal proceso de valoración en Derecho Penal no sólo constituye cometido irrenunciable, sino una tarea singularmente acentuada, en la que se trata de explicar, con razonamientos lógico-jurídicos, conceptos tan substancialmente valorativos como los de delito, y sus caracteres constitutivos, o de la penas y medida de seguridad, en su contenidos y efectos, fenómenos que de manera constante acompañan la historia de la humanidad.

El Derecho Penal conmina determinadas acciones humanas (delitos) con una pena o una medida de seguridad (consecuencias jurídicas del delito), por cuanto tales conductas lesionan o ponen en peligro aquellos bienes o valores que el Ordenamiento estima dignos y necesitados de protección, y que la dogmática penal denomina 'bienes jurídicos' ('Rechtsgute'). Pero tal función regulativa requiere lógicamente valorar los bienes (vida, integridad física, honor, patrimonio) y, sobre todo, (des)valorar los ataques (lesión o puesta en peligro) que, de modo intolerable para la Sociedad, sufren tales bienes jurídicos.

El Ordenamiento punitivo no protege todos los bienes y valores (individuales o colectivos, de los que son portadores el hombre o la sociedad), de manera indiscriminada e inequitativa, sino antes bien guiándose por criterios valorativos de proporcionalidad, en la individualización de la respectiva conducta delictiva, que han de quedar plasmados en cada norma penal.

a) Por lo pronto, el Derecho Penal no puede prestar protección a todos los bienes, sino que ha de limitarse a la protección de los "valores

fundamentales" del orden social, consubstanciales a la convivencia humana en sociedad: el Derecho Penal tiene, ante todo, la esencial 'misión' de proteger los 'bienes jurídicos' fundamentales de la persona o de la sociedad.

b) Una vez seleccionados los bienes o valores que son dignos y necesitados de protección típica (*v. gr.* vida, libertad, intimidad, patrimonio, etc.), el Derecho Penal no puede protegerlos con indiscriminada arbitrariedad, esto es, imponiendo a todas las distintas acciones que los lesionen la misma pena, o conminándolas con penas que no respeten la proporcionalidad que respectivamente corresponde al valor del bien y a la gravedad de injusto típico: por ello, la diferente pena que se establecen para el homicidio y la injuria indica la singularizada valoración que ha hecho el legislador de los bienes o valores que tales acciones lesionan (vida y honor, respective).

c) Además, la protección no opera sino frente a los ataques más graves, más intolerables, de esos valores fundamentales: el ordenamiento punitivo no debe intervenir "en cualesquiera molestias" de la vida colectiva, sino sólo frente a determinadas agresiones (típicas) a tales bienes jurídicos, que implican lesión o inminente peligro de destrucción o grave menoscabo de los mismos, conforme a los límites de tipificación propios de las prescripciones jurídico-penales.

En resumen: la Ciencia Penal, quizá más que ninguna otra Ciencia Jurídica, posee un marcado carácter valorativo y normativo. El legislador valora los bienes dignos de protección, y le otorga una tutela que queda plasmada en las normas jurídicas. El Derecho Penal sanciona los comportamientos humanos socialmente más desvaliosos, conminándolos con las sanciones jurídicas de mayor gravedad de cuantas dispone el Ordenamiento Jurídico en el Estado de Derecho, por exigencias de justicia y con finalidades de prevención.

Para llevar a cabo su cometido, el Derecho Penal ha de operar substancialmente con estrictos criterios valorativos de afirmación o de nega-

ción, de adecuación o de infracción, de imputación o de exoneración, de reprochabilidad o de exculpación, de responsabilidad o de exención.

El Ordenamiento jurídico-penal desvalora las conductas antijurídicas singularmente graves, para cuyo tratamiento adecuado no queda otro remedio que la amenaza y ejecución penales. Ello exige el previo reconocimiento de la existencia de un bien jurídico de singular valor social, que conforme a su naturaleza requiere una garantía punitiva, frente a los ataques típicos (lesión o puesta en peligro) que, por su material nocividad, la colectividad en su general sentir social no puede tolerar.

D) Dimensión temporal

1. La trascendencia del tiempo en el Derecho

Es mérito de la teoría tridimensional del Derecho haber destacado dos aspectos esenciales: en primer lugar, que en toda experiencia jurídica confluyen las tres aludidas dimensiones (hecho social, norma y valor); y, en segundo término, que tales facetas no se muestran aisladas sino que, antes bien, se relacionan mutuamente.

Desde este punto de vista, ha afirmado Pérez Luño[13] que "el Derecho posee una incuestionable dimensión social, normativa y axiológica,

13 *Vid.* Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica,* Tecnos, Madrid, 1997, pág. 38. Este autor, uno de los principales representantes de una moderna concepción de la teoría tridimensional del Derecho, parte de la teoría de la experiencia jurídica e introduce nuevos criterios que el jurista ha de tener en cuenta a la hora de analizar el fenómeno del Derecho. En su concepción, pues, son básicas las dimensiones fáctico-social, normativa y axiológica (valorativa), pero da un paso más al estimar necesario la introducción de la variable histórica o temporal, por lo que puede hablar de un tránsito del tridimensionalismo al tetradimensionalismo. La relevancia del factor temporal (su entendimiento como magnitud relativa y no absoluta) ya había resaltado la "teoría de la relatividad" de Albert EINSTEIN, con aportaciones ulteriores de autores como Bertrand RUSSELL. *Vid.*, sobre este tema, Ernst CASSIRER, *Zur Einstein'schen Relativitätstheorie. Erkenntnistheoretische Betrachtungen*, Bruno Cassirer Verlag, Berlin, 1921, esp. págs. 75 y sigs.; Paul Arthur

pero no puede reducirse unilateralmente ni al hecho social, ni a la norma ni al valor", sino que ha de conjugar tales componentes. Por ello, continua el profesor citado, "en cualquier experiencia jurídica se advierten esas tres dimensiones básicas del Derecho. En un proceso penal por homicidio sobrevenido como consecuencia de un accidente de tráfico, se parte de un hecho de la vida humana: la muerte de una persona a consecuencia de un atropello; supuesto que ha sido regulado (tipificado) por las normas del Código Penal; y ello en función de que la vida humana se considera un valor que el ordenamiento jurídico debe proteger".[14]

Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto, las tres aludidas dimensiones del Derecho (sociedad, norma y valor) a la postre no son suficientes para estudiar el fenómeno jurídico en su conjunto, ni para propiciar un conocimiento lo más aproximado posible del Derecho tenido en cuenta. Se requiere, junto a las tres anteriores, una cuarta dimensión, representada por el factor tiempo (la Historia).

La importancia de esta dimensión en la Ciencia en general fue resaltada por la "teoría de la relatividad" de Einstein, en la Sociología por la "teoría de los sistemas sociales"[15] y en el Derecho en particular por diferentes autores.[16]

SCHILPP (Hrsg.), *Albert Einstein als Philosoph und Naturforscher*, Fried. Vieweg & Sohn Braunschweig, Wiesbaden, unveränd. Nachdr., 1979 (1. Aufl. W. Kohlhammer Verlag, 1955); *Einstein Symposion Berlin*, edited by H. Nelkowski, A. Hermann, H. Poser, R. Schrader and R. Sailer, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg New York, 1979; Horst MELCHER, *Albert Einstein wider Vorurteile und Denkgewohnheiten*, Vieweg, Braunschweig, 1979, esp. págs. 18 y sigs.

14 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *l.u.c.*

15 *Vid.*, por ejemplo, Niklas LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, págs. 70 y sigs. (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,

El Derecho, pues, posee una indudable dimensión histórica y temporal. Ya señaló Karl Larenz[17] que "las normas penales no caen del cielo", sino que se conforman para una sociedad concreta en un momento histórico determinado.

2. *Conocimiento 'sincrónico' y conocimiento 'diacrónico' del Derecho en la Gnoseología jurídica*

La trascendencia del factor tiempo o dimensión histórica en el campo del Derecho determina un tránsito desde el básico tridimensionalismo hacia un necesario tetra-dimensionalismo,[18] de posible y adecuada aplicación específica en el ámbito jurídico-penal.

1a. edic. 1990, 1a. reimpr. 1997, esp. págs. 108 y sigs.; una traducción al castellano de la obra completa está publicada en México).

16 LARENZ, Karl, "Aufgabe und Eigenart der Jurisprudenz", en *Juristische Schulung*, 11. Jahrgang, Heft 9, 1971, pág. 449, señala que el Derecho se configura, no como un derecho natural (un derecho que con nosotros ha nacido), sino como el Ordenamiento Jurídico Positivo de una determinada comunidad social, conectado a un tiempo y lugar. Por ello, el Ordenamiento Jurídico posee, como todo lo que ha sido realizado, producido o configurado por la persona, una indeclinable *dimensión histórica:* las normas jurídicas o las decisiones de Derecho no caen del cielo, sino que son conformadas o elaboradas en relación a determinadas circunstancias; surgen para un determinado tiempo, tienen validez dentro de un tiempo concreto y se transforman con el transcurso del tiempo. Esta dimensión comprende, pues, la Historia del Derecho. *Cfr.* sobre la temporalidad del Derecho, por ejemplo, Gerhart HUSSERL, *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1955, págs. 7 y sigs. *Vid.* Karl ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1950, págs. 67 y sigs.; recientemente, desde un plano general, Lorenz SCHULZ, "De la aceleración de las condiciones de vida. Reflexiones sobre la reacción adecuada al Derecho Penal", traducción de Ramon RAGUÉS I VALLÈS, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Editorial Comares, Granada, 2000, págs. 447 y sigs.

17 LARENZ, Karl, *l.u.c.*

18 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique *o.u.c.*, pág. 40.

Este tránsito introduce un nuevo aspecto, el temporal o histórico, que incide de lleno en la Gnoseología jurídica (teoría y crítica del conocimiento). En concreto, determina que el conocimiento del Derecho no sea estático, sino dinámico: no limita el proceso cognitivo a las variables fáctico-social, normativa y valorativa, sino que introduce la variable temporal o histórica. Por ello, no puede analizarse el Derecho actual con absoluta independencia de su pasado: todo Derecho es tributario de su herencia.

Conforme a esta tetradimensional visión, son apreciables en toda experiencia jurídica, junto a las tres perspectivas básicas (sociedad, norma, valor), una dimensión más (historia). Esta cuarta dimensión permite temporalizar las otras tres dimensiones. De esta suerte, el jurista se aproxima al conocimiento del Derecho, no de un modo puramente teórico o metodológico ('sincrónico'), sino real y concreto ('diacrónico').[19]

Al introducir la variable temporal en el conocimiento científico, el proceso gnoseológico permite aproximarse al Derecho vivo, palpitante, en acción: no se estudia el Derecho Penal de forma estática (como una "rana en formol" o "en una mesa de operaciones"),[20] sino de forma dinámica, en su contexto histórico o temporal, esto es, valorando su evolución anterior y relacionándola con la venidera.

Sólo así el conocimiento científico adquiere una más completa dimensión, al valorar en el proceso gnoseológico-cognitivo todas las caras de un mismo objeto de conocimiento. Y sólo así se entiende el fenómeno delictivo, que integra el objeto de conocimiento y valoración del Derecho Penal, como

19 Pérez Luño, Antonio-Enrique *l.u.c.*

20 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1973, págs. 256 y sig., 305 y sig.; Id., *Manual de Derecho Penal, Parte general*, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1977, págs. 337 y sig., y 355 y sig.; Id., *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, III, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1981, págs. 361 y sig.

algo normal:[21] la acción delictiva es propia, característica y definitoria del ser humano, esto es, no separable de su condición interna como ser racional en el seno del mundo (del ambiente) que le ha tocado vivir.

II. ¿NUEVAS DIMENSIONES DEL DERECHO PENAL? HACIA UNA TEORÍA PLURIDIMENSIONAL DEL SISTEMA SOCIAL Y DEL SISTEMA JURÍDICO

Las dimensiones principales que presenta la experiencia jurídica (también la penal) son las señaladas por la teoría tridimensional del Derecho, atemperadas

---

21 El concepto de "normalidad del delito" fue acuñado y primeramente desarrollado, por lo que alcanzo a ver, por el sociólogo francés Emile DURKHEIM (1858-1917) en su destacada obra *Les régles de la méthode Sociologique*, en *Revue philosophique*, núm. 37, 1894, págs. 465-498 y 577-607, y núm. 38, 1894, págs. 14-39 y 168-182; también, en un volumen, con prólogo nuevo, en Bibliotèque de philosophie contemporaine, París, 1895, esp. págs. 81 y sigs. (*Vid.*, sobre su concepción del delito y la pena, Werner GEPHART, *Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Dukheims*, Leske + Bubrich, Opladen, 1990, *passim*, esp. 4 y sigs., 21 y sigs.).

En todo caso, la consideración del fenómeno criminal como algo "normal" fue puesta de relieve, desde antiguo, por los cultivadores de la Criminología, y en la actualidad es generalmente aceptada por los criminólogos. En España, aludió a la "normalidad del delincuente" con precisión y conocimiento, hace ya un siglo, el ilustre criminólogo y humanista Constancio BERNALDO DE QUIRÓS; modernamente, en la doctrina alemana, Hans HAFERKAMP, *Kriminalität ist normal. Zur gesellschaftlichen Produktion abweichenden Handelns*, Enke, Stuttgart, 1972, *passim*; Arno PLACK, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, List, München, 1974, *passim*; Karl PETERS, "Gedanken zur 'Normalität des Verbrechens'. Ein Beitrag zur Ethik des Strafverfahrens", en *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, herausgegeben von Wilfried KÜPER in Verbindung mit Ingeborg PUPPE und Jörg TENCKHOFF, Walter de Gruyter, Berlin — New York, 1987, págs. 951 y sigs.; en la doctrina española, Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Espasa Calpe, Madrid, 1988; ID., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, 4a. edic., Tirant lo blanch, Valencia, 2001; ID., *Tratado de Crimi-nología (Introducción, modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*, 2a. edic., Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

con la ulterior perspectiva de la tesis tetradimensional, que incorpora en el mismo el factor tiempo, como un componente que dinamiza, articula y cohesiona el conocimiento jurídico a lo largo de la historia. Pero cabe preguntarse si no son posibles otras concepciones o dimensiones del Derecho, que den entrada a otros elementos útiles para el proceso de conocimiento jurídico-penal y para el método de construcción de las categorías conceptuales en el Derecho Penal.

A este respecto, se han de tener en cuenta al respecto las dos siguientes precisiones: en primer lugar, como hemos señalado, acaso no sea posible una definición absolutamente completa del Derecho Penal, pues todas las definiciones descuidarán algún aspecto: hay que intentar una aproximación al concepto más que una definición propiamente dicha. Y, por otro lado, cuantos más elementos integren esa aproximación, más aproximada será ella misma al concepto de Derecho Penal.

A) Dimensión personal

Estimamos que otro ulterior elemento que puede introducirse en este cuadro, y que puede ayudar a definir el Derecho, y en particular el Derecho Penal, es el concepto de persona. ¿Cuál es la posición de la persona en esa aproximación al Derecho? ¿Juega un papel esencial o accesorio? ¿Influyen en la definición del Derecho Penal las características subjetivas de la persona?

El concepto de persona aparece íntimamente unido a los conceptos de norma y de sociedad. Las tres nociones (norma, persona, sociedad) son elementos esenciales en la moderna estructuración social, y —por supuesto— en el sistema penal funcionalista de Günther JAKOBS. Pero antes de analizar las líneas esenciales del sistema jakobsiano hemos de partir de la "teoría de los sistemas sociales", representada en la moderna doctrina alemana por Niklas LUHMANN (1927-1998). Lógicamente un estudio siquiera general de esta sugerente teoría de los sistemas sociales escapa a nuestros propósitos y —por tanto— a nuestras intenciones. Así pues, nos limitaremos a resaltar los principales postulados de esta teoría sociológica, que ofrece una suge-

rente descripción de la configuración de la Sociedad, y sirve de punto de partida para la configuración del sistema penal funcionalista.

B) Otras (posibles) dimensiones

Probablemente las dimensiones básicas de toda experiencia jurídica (las señaladas por la teoría trimensional del Derecho: sociedad, norma y valor; así como las resaltadas por el tesis tetradimensionalista: las tres anteriores, más el factor tiempo) no sean las únicas que pueden ayudar a la descripción (esto es, al conocimiento) de un concreto sistema jurídico. Hay otras perspectivas, igualmente válidas, para describir el Derecho. Por esta razón quizá sea más conveniente hablar de una teoría pluridimensional del sistema social, y por tanto, del sistema jurídico.

La teoría de los sistemas sociales ha puesto de relieve que la Sociedad es un sistema complejo integrado por una multitud de subsistemas que se interrelacionan mutuamente. La complejidad de la Sociedad es una complejidad estructural:[22] sólo (y siempre) la complejidad de un sistema es complejidad organizada.[23] Por ello, la teoría de los sistemas sociales pretende una visión global de la Sociedad como sistema general, y de los sistemas integra-

22 *Vid.* W. WEABER, "Wissenschaft und Komplexität", en TÜRK (Hrsg.), *Handlungssysteme*, Westdeutscher Verlag, Opladen, págs. 38 y sigs.

23 *Vid.* Niklas LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, págs. 45 y sigs., esp. 46, quien —sobre resaltar lo corriente de este aserto— afirma que "la complejidad organizada sólo se realiza a través de la formación de sistemas; pues 'complejidad organizada' no significa nada más que complejidad con relaciones selectivas entre los elementos" (pág. 46), y señala que "complejidad ... quiere decir coacción de selección, coacción de selección quiere decir contingencia, y contingencia quiere decir riesgo" (pág. 47); también, ÍD. "Komplexität", en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Band 4, Schwabe, Basel, 1976, págs. 939 y sigs.; ÍD. "Temporalization of Complexity", en Felix GEYER / Johannes VAN DER ZOUWEN, *Sociocybernetics*, tomo II, Leiden, págs. 95 y sigs.; Claudio BARALDI, "Komplexität", en Claudio BARALDI / Giancarlo CORSI / Elena ESPOSITO, *Glu. Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1997, págs. 93 y sigs.

dos en el sistema social (*v. gr.* Derecho, Economía, Religión, Arte, Ciencia, etc.). Cada entramado social se caracteriza por una riqueza inmensa de matices y de dimensiones propias, acorde con la variedad y el polifacetismo de las niveles referenciales del sistema.[24] Por ello, las relaciones entre los múltiples elementos integrantes de la Sociedad se multiplican aritméticamente: "la cifra de las relaciones posibles en abstracto entre los elementos de un sistema aumenta exponencialmente con el incremento de los elementos (dos elementos forman cuatro relaciones, tres elementos nueve relaciones, etc)".[25] Este aumento de las relaciones estructurales potencia igualmente el número de posibles perspectivas de análisis de la realidad jurídica, de modo que se constituye en el sistema social como una estructura pluridimensional para cuya descripción no es posible atender a un número limitado de dimensiones.[26]

---

24 WILLKE, Helmut, *Systemtheorie I: Grundlagen. Eine Einführung in die Grundprobleme der Theorie sozialer Systeme*, 5. Auflage, Lucius & Lucius, Stuttgart, 1996, pág. 22: "Komplexität bezeichnet den Grad der Vielschichtigkeit, Vernetzung und Folgelastigkeit eines Entscheidungsfeldes".

25 BARALDI, Claudio, *o.u.c.*, pág. 94.

26 LUHMANN, Niklas, "Soziologie als Theorie sozialer Systeme", en ID., *Soziologische Aufklärung*, Band I, *Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Westdeutscher Verlag, Köln und Opladen, 1970, pág. 115: "Como complejidad debe entenderse, en una primera aproximación a este difícil concepto, la totalidad de los posibles sucesos ... El concepto de complejidad designa siempre una relación entre sistema y mundo, no un estado del ser". *Vid.* una crítica a este concepto en Helmut WILLKE, *o.u.c.*, pág. 23, quien considera que la totalidad de los posibles sucesos no es empíricamente tangible, mientras que la relación entre sistema y mundo conduce en realidad a otro concepto: la selectividad; una formulación luhmanniana posterior, donde acoge el concepto de selectividad, en Niklas LUHMANN, "Systemtheorie, Evolutionstheorie und Kommunikationstheorie", *Soziologische Aufklärung*, Band 2, *Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1975, pág. 207.

III. EL SISTEMA NORMATIVO-FUNCIONALISTA DEL DERECHO PENAL: APORTACIONES DOGMÁTICAS SOBRE NORMA, PERSONA Y SOCIEDAD EN EL SISTEMA DE JAKOBS

A) El punto de partida: la estrecha conexión entre Derecho Penal y Sociedad

Como puede desprenderse de lo dicho hasta ahora, las relaciones entre el Derecho Penal y la Sociología del Derecho (es decir, entre el concreto sistema punitivo de un Estado y de un tiempo histórico determinado y esa misma Sociedad) son ciertamente tan estrechas como ciertas. Ni la Ciencia del Derecho Penal ni la Sociología pueden desconocerse entre sí: constituyen un complemento mutuo y entre ellas existe una coherencia recíproca e intrínseca. Por un lado, el Derecho Penal reclama objetivamente a la Sociología, y —por otro— la Sociología ha de tener presente referencias sistemáticas de valor desde el propio punto de vista del Ordenamiento social: el orden social tiene que hallarse supeditado a unas escalas valorativas, porque de lo contrario carecería de finalidad y eficacia. En conclusión, como afirmara Hermann Kantorowicz:[27] "la Dogmática sin Sociología es vacía, la Sociología sin Dogmática es ciega".

1. Las aportaciones de las teorías sociológicas clásicas o premodernas: Sociología del Derecho y Derecho Penal

Sentadas estas premisas, puede afirmarse que la constitución del Derecho Penal no puede realizarse al margen de las características propias de la concreta Sociedad donde vaya a aplicarse. Por ello, la Sociología del Dere-

27 KANTOROWICZ, Hermann, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Verhandlungen des Ersten deutschen Soziologentages vom 19. Bis 22. Oktober 1910 in Frankfurt am Maim, Tübingen, Mohr, 1911, pág. 29: "Dogmatik ohne Soziologie ist leer, Soziologie ohne Dogmatik ist blind" (trabajo luego publicado en su obra —del mismo nombre— *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, herausgegeben von Thomas WÜRTENBERGER, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1962, págs. 117 y sigs., la cita mencionada en pág. 139). *Cfr.* Thomas WÜRTENBERGER, *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge (1948-1969)*, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1970, pág. 50.

cho (y, en concreto, la Sociología criminal) ha sido siempre una disciplina imprescindible para el análisis de un concreto sistema punitivo.[28] Y, por la misma razón, los juristas en general, y los penalistas en particular, no han prescindido de los criterios o perspectivas sociales en la configuración de sus concretas doctrinas (muy particularmente el sistema penal funcionalista, como veremos a continuación).

Ya Rudolph von Ihering, en el ámbito del Derecho Privado, y Franz von Liszt y Karl Binding, en el Derecho Penal, sostuvieron que el orden jurídico se halla en último extremo al servicio de un orden social, que delimita el ámbito de aquél.

Modernamente Knut Amelung,[29] en un libro sólidamente fundamentado, configuró una "teoría de la nocividad social", partiendo de la idea de que la Sociedad es una 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.

---

28 *Cfr.* José Antón Oneca, *Derecho Penal*, tomo I, *Parte general*, Gráfica administrativa, Madrid, 1949, pág. 13, quien sostiene que tanto la Sociología como la Psicología, y en un sentido más amplio la Antropología o la Biología criminal, pueden ser encuadradas sistemáticamente, a efectos del estudio del delito y de sus factores etiológicos, individuales y sociales, dentro de la Criminología, como Ciencia conjunta que se ocupa del conjunto de factores, momentos y perspectivas determinantes de la esencia y las características fundamentales del fenómeno social del delito.

29 *Vid.* Knut Amelung, *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, págs. 330 y sigs., y *passim*.

2. *Las modernas teorías de los sistemas sociales (especial referencia a la teoría de Niklas Luhmann)*

Al igual que otros sociólogos anteriores, como —singularmente— Talcott PARSONS y Robert K. MERTON, Niklas LUHMANN[30] pretendió, a lo largo de una bibliografía casi inabarcable, elaborar desde una perspectiva crítica una "teoría general de la Sociedad",[31] en la que conjuga con admirable coherencia la construcción teórica con el funcionalismo práctico y dinámi-

30 *Vid.*, como estudios esenciales, entre la muy prolífica bibliografía de Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied am Rherin und Berlin, 1969, esp. págs. 38 y sigs.; ÍD. *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Westdeutscher Verlag, Köln und Opladen, 1970, *passim;* ÍD. *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, págs. 15 y sigs., 30 y sigs., *passim;* ÍD. *Rechtssoziologie*, 3. Aufl., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987, págs. 10 y sigs., 27 y sigs.; ÍD. *Soziologie des Risikos*, Walter de Gruyter, Berlin — New York, 1991, págs. 9 y sigs.; ÍD. *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1993, *passim,* esp. págs. 9 y sigs., 38 y sigs., 124 y sigs.; ÍD. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 2 tomos, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1998, *passim*, esp. págs. 16 y sigs. (tomo 1o.).

31 Existen numerosas obras (generales o centradas en algún aspecto concreto) sobre la teoría luhmanniana. En lengua castellana, pueden verse, entre otras, los siguientes estudios: Ignacio IZUZQUIZA, *La Sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Anthropos, Barcelona, 1990; Pilar GIMÉNEZ ALCOVER, *El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, J.M. Bosch Editor, S.A., Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1993; en lengua alemana, Gábor KISS, *Grundzüge und Entwicklung der Luhmannschen Systemtheorie*, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1986, págs. 4 y sigs.; Hans HAFERKAMP / Michael SCHMID (Hrsg.), *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, *passim;* Günter SCHULTE, *Der blinde Fleck in Luhmanns Systemtheorie,* Campus Verlag, Frankfurt am Main / New York, 1993; también el libro homenaje publicado a LUHMANN en vida: H. WILLKE / D. BAECKER (Hrsg.), *Theorie als Passion*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1997; instructivos son los glosarios sobre la obra de LUHMANN: Claudio BARALDI / Giancarlo CORSI / Elena ESPOSITO, *Glu. Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1997 (hay traducción española de la edición italiana, anterior a la alemana: *Glosario sobre la teoría Social de Niklas*

co. Esta teoría recibe las denominaciones de "estructuralismo funcional" o de "constructivismo".[32]

Los presupuestos de los que parte Luhmann para elaborar su sugerente teoría pueden resumirse en los siguientes puntos: alcance de generalidad e interdisciplinariedad (pretende ser una descripción y armónica explicación de la Sociedad en su conjunto: del sistema social y de los subsistemas integrados en ella: Derecho, Economía, Religión, Política, Ciencia, Arte, etc.); reconocimiento de la complejidad social, que —aunque pueda parecer paradójico— sólo puede reducirse a través de un aumento de la complejidad; adopción de un concepto de sistema social que engloba las características de la autopoiesis, la autorreferencia, la diferencia y la contingencia.[33]

Desde esta perspectiva, la teoría de Luhmann concibe la Sociedad como un sistema autorreferente y autopoiético que se integra de expresiones de sentido, de comunicaciones. A continuación analizamos brevemente los elementos esenciales de esta definición.

a) *Clases de sistemas y "acoplamiento estructural" entre ellos:* Como punto de partida, Luhmann distingue tres clases de sistemas:[34] los sistemas vivos, los sistemas psíquicos o personales, y los sistemas sociales. La distinción entre ellos reside en el modo de autorreproducción (operación autopoiética) de cada uno de ellos: los sistemas vivos adop-

---

Luhmann, Prefacio de Niklas Luhmann, traducción de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate, Universidad de Guadalajara, Universidad Iberoamericana, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, Guadalajara, México, 1995).

32 A esta última concepción se opone el "deconstructivismo". Otras denominaciones, harto imprecisas, son la de "teoría sistémica", "funcionalismo sistémico" o "funcionalismo teleológico-sistémico".

33 Izuzquiza, Ignacio, "Introducción: la urgencia de una nueva lógica" a Niklas Luhmann, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, *op. cit.*, págs. 13 y sigs.; Más ampliamente, Íd. *La Sociedad sin hombres*, *op. cit.*, *passim*, esp. págs. 141 y sigs.

34 Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme*, *op. cit.*, págs. 242 y sigs., *passim*; en esquema (que básicamente seguimos), Ignacio Izuzquiza, *o.u.c.*, pág. 24.

tan como operación la propia vida (con todo un entramado de relaciones y operaciones vitales); los sistemas psíquicos o personales tienen como operación característica la conciencia (*Bewußtsein*); y los sistemas sociales se caracterizan precisamente por la expresión de sentido (*Sinn*), es decir, por la comunicación (*Kommunikation*).

Los diferentes tipos de sistemas no se presentan aislados entre sí, sino interrelacionados. Entre ellos opera un "acoplamiento estructural" (*strukturelle Kopplung*). Por ejemplo: los sistemas sociales se acoplan estructuralmente a los sistemas psíquicos o personales, porque de lo contrario no sería posible la comunicación. Se habla, asimismo de "interpenetración" (*Interpenetration*) cuando el acoplamiento estructural se realiza en el seno de una comunicación de dependencia recíproca entre los sistemas, de modo que cada uno de ellos sólo puede ser explicado y sólo puede existir si existen los demás.[35]

b) *La Sociedad como "sistema":* El hecho de que la Sociedad sea un sistema alude a una global conexión entre diferentes elementos, cuyas relaciones entre sí son cuantitativamente más intensivas y cualitativamente más productivas que sus relaciones con otros elementos.[36] Por un lado, la diferencia de la clase de relación entre los elementos de un sistema se halla, precisamente, en el concepto de "comunicación"; por otro, marca el límite entre "sistema" (*System*) y "entorno"

35 *Vid.*, sobre esto, específicamente, Niklas LUHMANN, "Wie ist Bewußtsein an Kommunikation beteiligt?", en Hans Ulrich GUMBRECHT und K. Ludwig PFEIFFER (Hrsg.), *Materialität der Kommunikation*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1988, págs. 884 y sigs. (también en ID., *Soziologische Aufklärung*, Band 6: *Die Soziologie und der Mensch*, Westdeutscher Verlag, Köln und Opladen, 1995, págs. 37 y sigs.); ÍD., *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1990, págs. 29 y sigs., 38 y sigs., 163 y sigs. (= *La Ciencia de la Sociedad*, traducción de Silvia PAPPE, Brunhilde ERKER y Luis Felipe SEGURA, bajo la coordinación de Javier TORRES NAFARRATE, Universidad Iberoamericana, Iteso, Anthropos, Guadalajara, México, y Barcelona, España, 1996, págs. 13 y sigs.).

36 WILLKE, Helmut, *Systemtheorie I: Grundlagen*, *opág.cit.*, 5. Auflage, 1996, págs. 5 y sigs., 41 y sigs., 53 y sigs., 266 (la 1a. edic. de esta obra data de 1982).

(*Umwelt*).[37] Esta distinción constitutiva entre sistema y entorno "tiene que ser el punto de partida de cualquier análisis sistémico teórico".[38] El sistema es el ámbito en que se producen comunicaciones socialmente relevantes; el resto, no es sistema, sino entorno. En todo caso, entorno y sistema no pueden explicarse el uno sin el otro, sino que son conceptos no sólo interrelacionados sino que cabe explicar con autonomía pero no con independencia uno respecto del otro:[39] "el entorno alcanza su unidad sólo a través del sistema y solamente en relación al sistema".[40]

---

37 *Vid.*, por ejemplo, Helmut Willke, *l.u.c.*; ampliamente, Niklas Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, págs. 242 y sigs. (la 1a. edic. de esta obra es de 1984).

38 Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme*, *opág. cit.*, pág. 35.

39 *Vid.* Niklas Luhmann / Raffaele de Giorgi, *Teoría de la Sociedad*, traducción de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, coordinador de la traducción Javier Torres Nafarrate, Universidad de Guadalajara, Universidad Iberoamericana, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, Guadalajara, México, 1993, págs. 34 y sigs., quienes sostienen que sistema y entorno "constituyen las dos partes de una forma; pueden sin duda existir separadamente, pero no pueden existir, respectivamente, uno sin el otro" (pág. 37). Estos autores parten del concepto de "forma" de George Spencer Brown, *Laws of Form*, Nueva York, págs. 1 y sigs., y así opinan (*o.u.c.*, pág. 35) que "la forma es la forma de una distinción, por tanto de una separación, de una diferencia. Se opera una distinción trazando una trazando una marca que separa dos partes, que vuelve imposible el paso de una a la otra sin atravesar la marca. La forma es, pues, una línea de frontera que marca una diferencia y obliga a clarificar qué parte se indica cuando se dice que se encuentra en una parte y dónde se debe comenzar si se quiere proceder a nuevas operaciones. Cuando se efectúa una distinción, se indica una parte de la forma; sin embargo, con ella se da, al mismo tiempo, la otra parte. Es decir, simultaneidad y diferencia temporal. Indicar es al mismo tiempo distinguir, así como distinguir es al mismo tiempo indicar. Cada parte de la forma, por tanto, es la otra parte de la otra.

Ninguna parte es algo en sí misma. Se actualiza sólo por el hecho de que se indica esa parte y no la otra. En este sentido la forma es autorreferencia desarrollada; más precisamente, es autorreferencia desarrollada en el tiempo".

40 Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme*, *opág. cit.*, pág. 36, quien añade que "una de las más importantes consecuencias del paradigma sistema/entorno es: que debe diferenciarse

c) *La Sociedad como sistema "social":* La Sociedad no es más que un tipo de los sistemas sociales,[41] que se caracteriza por el modo de operaciones de autorreproducción (autopoiesis) que adopta: la comunicación. De este modo, la Sociedad como sistema (social) está integrado por expresiones de sentido comunicativamente relevantes.

d) *La Sociedad como sistema social "autopoiético" ("autorreferencial", "autoreproductivo"):* El concepto de "autopoiesis", incorporado por Luhmann a la teoría de los sistemas sociales proveniente de la Biología,[42] significa que el propio sistema es capaz e idóneo para configurar su propia estructura y crear sus propios elementos integrantes. Autopoiesis es, por tanto, autocreación. En el campo de la Biología, significa que las propias células tienen capacidad para autorreproducirse, esto es, que son sistemas (vivos) idóneos para configurar su propio medio de vida. En el campo de la Sociología, la autopoiesis permite al sistema (social) dotarse de una propia estructuración: es, pues, un juicio de autosuficiencia. Lógicamente, el Derecho es también un sistema autopoiético,[43] en tanto que las operaciones de

---

entre el *entorno* de un sistema y *sistemas en el entorno* de ese sistema" (págs. 36 y sig.). A juicio de LUHMANN, la diferenciación sistémica entre entorno y sistema "no es más que una repetición de la formación de sistemas en sistemas" (pág. 37); muy detalladamente, el capítulo 5 ("System und Umwelt") de ese mismo libro: págs. 242 y sigs.

41 LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme*, *opág. cit.*, págs. 242 y sigs., *passim*.

42 En concreto, el concepto de "autopoiesis" proviene de las aportaciones en el campo de la Biología debidas al biólogo chileno Humberto MATURANA, en colaboración con su discípulo Francisco VALERA. Para estos autores, los sistemas vivos se caracterizan por la capacidad de producir y reproducir por sí mismos los elementos que los integran, definiendo su propia unidad. Esta función de autorreproducción es llevada a cabo por células, que son elementos integrantes del sistemas, y se realiza en el interior del mismo sistema.

43 Esenciales, al respecto, las aportaciones de Gunther TEUBNER, *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, Kommu-*

autorreproducción se llevan a cabo en el seno del sistema, y no en el exterior (son operaciones intrasistemáticas). De ahí se deduce la "autorreferencialidad" del sistema jurídico.

e) *La "comunicación" como mecanismo autopoiético del sistema social:* Sociedad es comunicación. Es decir, la Sociedad se compone de comunicaciones, de expresiones de sentido con relevancia comunicativa. La comunicación es el mecanismo autopoiético u operación específica de los sistemas sociales. Allí donde hay comunicación hay Sociedad, y donde hay Sociedad (para que la haya) es necesario siempre comunicación. En la concepción de LUHMANN,[44] la comunicación consiste en que alguien (Alter) participa al yo (Ego) una información, que es comprendida por el yo. La comunicación es, por tanto, un proceso o síntesis de tres selecciones: participación (*Mitteilung*),[45] información (*Information*) y comprensión de la diferencia entre información y participación (*Verstehen der Differenz zwischen Information und*

nikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme, Herausgegeben von Hans HAFERKAMP und Michael SCHMID, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987.

44 LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme, op. cit.*, págs. 191 y sigs., esp. 193 y sigs.; ÍD., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Band 1, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1997, págs. 81 y sigs.; ÍD. "Was ist Kommunikation?", en ÍD. *Soziologische Aufklärung*, Band 6: *Die Soziologie und der Mensch*, Westdeutscher Verlag, Köln und Opladen, 1995, págs. 113 y sigs.

45 El vocablo "Mitteilung" ha sido traducido en la versión española del *Glosario* a LUHMANN como "emisión o acto de comunicar". Esta última perífrasis no es, a nuestro juicio, muy acertada, porque puede inducir a una metonímica confusión entre la parte (la participación) y el todo (la comunicación). El término "emisión" es más correcto que esa perífrasis, aunque no sea la traducción literal de "Mitteilung". En alemán, "emisión" se corresponde, más propiamente, con "Ausstrahlung". Por ello, creemos más preciso traducir "Mitteilung" por "participación", en el sentido de manifestar, exteriorizar, expresar o emitir una concreta información (o sea, hacer partícipe al receptor de un concreto mensaje).

Mitteilung).[46] Otros autores, como HABERMAS,[47] resaltan también el aspecto de la comprensión dentro de la comunicación, emparejando este último concepto con el de consenso (*Konsens*).

La comunicación (el proceso comunicativo) es, por tanto, la operación que define los elementos del sistema social, es decir, la específica operación que caracteriza al sistema social.[48] Conviene llamar la atención sobre un punto polémico en el pensamiento luhmanniano: para el autor alemán, "no es el hombre quien puede comunicar, sólo la comunicación comunica".[49] Del mismo modo que la comunicación es la operación autopoiética definidora de los sistemas sociales, los sistemas personales o psíquicos (las personas) tienen como operación autopoiética la conciencia (*Bewußtsein*), y "los sistemas de conciencia también son sistemas operacionalmente cerrados. No

46 *Vid.*, muy claro, Claudio BARALDI, "Kommunikation", en Claudio BARALDI / Giancarlo CORSI / Elena ESPOSITO, *Glu. Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1997, pág. 89: "se habla de *comunicación* cuando el 'yo' *(Ego) comprende* que 'otro' *(Alter)* le ha *participado* alguna *información*; esta información le puede ser a él atribuida. La participación de una información ('Alter' dice, por ejemplo: 'llueve') no es en sí una información. La comunicación sólo se realiza cuando ella es comprendida: cuando la información ('llueve') y la intención por parte de 'Alter' de la participación (otro quiere, por ejemplo, transmitir a 'Ego' que lleve consigo un paraguas) son comprendidas como selecciones distintas. Sin comprensión no puede la comunicación ser observada: 'Alter' hace señas a 'Ego', y 'Ego' se marcha tranquilamente, porque no ha comprendido que la seña era un saludo. La comprensión realiza la distinción fundamental de la comunicación: la distinción entre participación e información".

47 En concreto, HABERMAS distingue entre "actuar (o acción) estratégico (orientado al resultado)" *(strategische —erfolgsorientierte— Handeln)*, y "actuar (o acción) comunicativo (orientado a la comprensión)" *(kommunikative -verständnisorientierte-Handeln)*, relacionando íntimamente el concepto de comunicación con el de consenso. *Vid.* Jürgen HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band I, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1981, pág. 387. *Cfr.*, también, Helmut WILLKE, *o.u.c.*, págs. 174 y sig.

48 BARALDI, Claudio, *o.u.c.*, pág. 91.

49 LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme*, l.u.c.

pueden tener contacto unos con otros. No existe la comunicación de conciencia a conciencia, ni entre el individuo y la Sociedad".[50] Por ello, para LUHMANN, la Sociedad no se compone de individuos o seres humanos aisladamente considerados, sino precisamente de comunicaciones.

3. Teoría de los sistemas y sistema funcionalista del Derecho Penal

El moderno sistema penal funcionalista acoge, como punto de partida, el análisis funcionalista (*funktionale Analyse*) de la configuración de la Sociedad. El funcionalismo sistémico, método científico seguido por la teoría de los sistemas sociales, permite concebir todo dato o fenómeno social como contingente y contrastable con otros.[51] Sobre esta base, el análisis funcionalista construye el conocimiento a través de la confrontación del dato conocido con otras posibilidades alternativas. La confrontación la lleva a cabo siempre un concreto "observador" (*Beobachter*). Es decir, se parte del análisis de la realidad, del dato como problema. El análisis consiste en describir la relación entre los diferentes problemas y buscar soluciones actuales y equivalentes funcionales (*funktionale Äquivalente*) a cada uno de ellos.

---

50 LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme*, l.u.c.

51 LUHMANN, Niklas, "Soziologie als Theorie sozialer Systeme", en ÍD., *Soziologische Aufklärung*, Band I, *Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Westdeutscher Verlag, Köln und Opladen, 1970, págs. 115 y sigs.; ÍD., *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1990, cap. 6 (= *La Ciencia de la Sociedad*, traducción de Silvia Pappe, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura, bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana, Iteso, Anthropos, Guadalajara, México, y Barcelona, España, 1996, págs. 261 y sigs.); resumidamente, Claudio BARALDI, "Funktionale Analyse", en Claudio BARALDI / Giancarlo CORSI / Elena ESPOSITO, *Glu. Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1997, pág. 61 y sigs. *Vid.*, sobre las diferencias entre el método científico del análisis funcional y del análisis sistemático, y sus repercusiones en la Dogmática penal funcionalista, Miguel POLAINO-ORTS, "Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto", en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Coordinado por Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 61 y sigs.

El funcionalismo jurídico-penal parte, también, de comunes presupuestos sociales, y es definido por JAKOBS, su máximo representante, como "aquella teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la Sociedad".[52] Este planteamiento se aleja, en sus planteamientos, tanto de la conciencia individual (que había sido el tradicional punto de partida de la filosofía, enraizada en Descartes y desarrollada desde HOBBES hasta KANT) como de la tradicional concepción europea del Estado, iniciada por ARISTÓTELES. El sistema social (concebido como sistema autorreferencial y autopoiético, delimitado del entorno, e integrado de expresiones de sentido, de comunicaciones entre personas) es punto de partida del funcionalismo jurídico-penal. Además, este sistema funcionalista desarrolla otras categorías o conceptos esenciales como "persona", "norma" y "sociedad". En este mismo trabajo nos ocuparemos de dar una visión general de esta concepción.

En todo caso, mucho se ha hablado, escrito y discutido en los últimos años sobre el influjo de la teoría de los sistemas sociales en el pensamiento de JAKOBS. Suele casi generalizadamente afirmarse que el sistema penal funcionalista jakobsiano es deudor en gran parte de la construcción sociológica sistémica luhmanniana.[53] En otras palabras, que la construcción de JAKOBS

52 *Vid.* Günther JAKOBS, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", *ZStW.*, Band 107, Heft 4, 1995, págs. 843 y sigs. (= *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, pág. 15). *Vid.* un atento ensayo sobre las relaciones entre la teoría funcionalista de JAKOBS y el sociologismo *luhmanniano* en Rafael MÁRQUEZ PIÑERO, "El pensamiento jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Luhmann", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, tomo XLIX, mayo-ag. 1999, págs. 105 y sigs.

53 Incluso algún autor, como Esteban Juan PÉREZ ALONSO, "Las revoluciones científicas del Derecho Penal: evolución y estado actual de la dogmática penal", *ADPCP*, tomo L, fasc. único, en.-dic. 1997, Madrid, 2000, págs. 185 y sigs., concretamente pág. 199, considera que "no sería exagerado afirmar que uno de los méritos de JAKOBS consiste en adaptar el Derecho Penal contemporáneo a la teoría de los sistema de N.

se debe en gran parte a las aportaciones de Luhmann en el ámbito de la Sociología. A nuestro juicio, esta opinión sólo es cierta en parte, y por tanto lo autores que suelen resaltar este aspecto (a menudo como exacerbada e infundada crítica a la supuesta abstracción sociológica de los conceptos dogmáticos penales) lo hacen desde una perspectiva muy parcial y fragmentaria, y —en consecuencia— no alcanzan a vislumbrar la totalidad del problema.[54]

LUHMANN". Esta opinión no es, a nuestro juicio, acertada. Una cosa es que puedan encontrarse influjos de la teoría de los sistemas en la construcción penal funcionalista y otra muy distinta es que se pretenda adaptar el Derecho Penal a una concreta teoría sistémica.

54 *Cfr.*, entre los autores que, con visión manifiestamente parcial, consideran definitiva o preferente la influencia de la teoría de los sistemas en JAKOBS, por ejemplo, Beatriz DE LA GÁNDARA VALLEJO, "Algunas consideraciones acerca de los fundamentos teóricos del sistema de la teoría del delito de JAKOBS", *ADPCP*, tomo L, fasc. único, en.-dic. 1997, Madrid, 2000, págs. 363 y sigs., quien —frente a la opinión de CANCIO MELIÁ y SUÁREZ GONZÁLEZ (que defienden la idea de que, en algunos aspectos, JAKOBS pretende rescatar la vertiente normativa iniciada por WELZEL en sus primeros trabajos antes de la subjetivización del finalismo, poniendo como ejemplo la adecuación social)— pretende demostrar que "los principales fundamentos teóricos de los que parte JAKOBS a la hora de formular su sistema de la teoría del delito ... se hallan, en el fondo, en la teoría de Niklas LUHMANN, ya que JAKOBS parte de cómo es la moderna sociedad contemporánea (*sic*) para proponer un concepto de Derecho Penal funcionalista, o sea, un sistema funcionalista de la teoría del delito" (pág. 363). En definitiva, pretende la autora citada demostrar "examinando lo que dice el propio JAKOBS, y aun consultando las fuentes que él cita, que la línea directriz de su modelo de la teoría del delito —la idea de la prevención general positiva— está mucho más cercana a las teoría de LUHMANN que a las de WELZEL, es decir, que a la hora de explicar cuál es la verdadera función del Derecho penal, JAKOBS está mucho más 'influenciado' (*sic*) por las teorías de LUHMANN que por los planteamientos de WELZEL".

Según nuestra opinión, es conveniente hacer algunas precisiones:

1) El sistema normativo-funcionalista de JAKOBS no se circunscribe a la teoría del delito, ni siquiera al Derecho Penal: ahí está su libro *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegun-gen zu einer Rechtsphilosophie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997 (2. Aufl., 1999) para demostrar la amplitud de su sistema.

2) Aun cuando fuera cierto que todos los presupuestos teóricos de JAKOBS están ya en LUHMANN, no puede utilizarse como prueba de una supuesta influencia el hecho de que JAKOBS parta de la constitución de la moderna sociedad, como si LUHMANN fuera el (único) constructor o teórico de la misma.

3) Es posible que algunos (no todos: otros son radicalmente opuestos) de los presupuestos teóricos de la construcción de JAKOBS estén en LUHMANN. Pero no sólo *en él*: también en HEGEL, en WEBER, en DURKHEIM, en GEIGER, en RYFFEL, en PARSONS, y en una larga lista de filósofos y sociólogos, anteriores o contemporáneos a LUHMANN y a JAKOBS, que se han ocupado del análisis de la Sociedad y de sus relaciones con el sistema Derecho (*Vid.*, en este sentido, 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, págs. 391 y sigs.).

4) Por otro lado, el modo más acertado y fiable de vislumbrar si una teoría (la de JAKOBS o la de quien fuere) acusa la influencia de otra construcción científica no es, ciertamente, según nuestro parecer, la de ver las fuentes que se citan en las notas a pie de página de una obra general, sino —más convenientemente— contrastar substancialmente el cuerpo de las doctrinas a lo largo de la Historia del pensamiento (el procedimiento de contar las citas a determinados autores es, empero, esgrimido también como crítica a JAKOBS, recientemente, por Bernd SCHÜNEMANN, "La culpabilidad: estado de la cuestión", en Claus ROXIN / Günther JAKOBS / Bernd SCHÜNEMANN / Wolfgang FRISCH / Michael KÖHLER, edición a cargo de Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, págs. 91 y sigs., concretamente pág. 100, nota 21).

5) Por lo demás, el aspecto dogmático ("la verdadera función del Derecho Penal", esto es, "la idea de la prevención general positiva") que, a modo de ejemplo, resalta la citada autora para demostrar su suposición (o sea, la influencia de LUHMANN en JAKOBS), no es precisamente el mejor ejemplo posible, pues —a nuestro juicio— ese aspecto está mucho *más cerca* de (esto es, *más directamente influida* por) la concepción dialéctica de HEGEL que —probablemente— de otras concepciones posteriores. El análisis del contenido de ambas posiciones (la de HEGEL y la de JAKOBS) requiere analizar las teorías de los fines de la pena, y considerando "lo que JAKOBS dice" y las "fuentes que cita" se concluye que, en este caso, JAKOBS reconoce expresamente, en el texto de su *Tratado,* la influencia de HEGEL en su concepción de la pena: "en HEGEL la teoría absoluta (*sc.* de la pena) recibe una configuración que en poco se diferencia de la prevención general positiva aquí representada". *Vid.* Günther JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin — New York, 1991,

Frente a esta opinión, algunos autores (y también —implícitamente— el propio Jakobs) han intentado distinguir, con mejor criterio, ciertos (probables y aun posibles) influjos sociológicos en la construcción penal funcionalista de condicionamientos absolutos del sistema. Que en el pensamiento penal de Jakobs puedan hallarse influencias de significativos aportes de la teoría de los sistemas sociales es, en buena parte, irrefutable (no en vano, la teoría penal funcionalista habla del Derecho Penal de la moderna Sociedad). Pero sostener que Jakobs construye su sistema exclusivamente con base en la teoría sistémica suponer desconocer en gran parte los orígenes y otras influencias filosóficas en el sistema penal funcionalista jakobsiano (muy singularmente, la recia influencia de la filosofía idealista de Hegel en el sistema de Jakobs). Es decir, a nuestro juicio: **1)** ni las influencias de Luhmann en Jakobs no son tan grandes ni tan definitivas como se piensa;[55] **2)** ni el sistema penal funcionalista es absoluto deudor del sociologismo sistémico ni está ayuno de otros influjos filosóficos; **3)** ni la construcción luhmanniana es absolutamente original (no surge de la nada) ni es absolutamente contrapuesta, pongamos por caso, a la filosofía hegeliana.

B) Relevancia histórica del concepto de persona

Una vez analizados los postulados esenciales de la teoría de los sistemas sociales, son centramos en el análisis del concepto de persona. Como afirmamos antes, el concepto de persona es, en efecto, un instrumento útil para alcanzar una más completa aproximación al Derecho: es una nueva dimen-

---

1/21 (= *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, págs. 22 y sig.).

55 El mismo Jakobs ha marcado distancias con la teoría sistémica de Luhmann en su conocida ponencia a las Jornadas Alemanas de penalistas, celebradas en Rostock en 1995. *Vid.* Günther Jakobs, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", *ZStW*, Bd. 107, Heft 4, 1995, págs. 843 y sigs. (= *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, pág. 16).

sión del Derecho, o al menos un nuevo elemento que personaliza las cuatro aludidas dimensiones ('sociedad', 'norma', 'valor' y 'tiempo'). Pero aprehender un concepto válido de persona para la construcción —o al menos, la aproximación— de un sistema jurídico es tarea harto compleja. Así, ha podido, certeramente, decir el Profesor JAKOBS que la conducta de la persona (la conducta humana delictiva) en Derecho Penal "contiene el esbozo de un mundo".[56]

El interés por el concepto de "persona", desde una perspectiva iusfilosófica, no es, desde luego, reciente. Numerosos autores, desde la antigüedad clásica hasta la Filosofía contemporánea, han dedicado sus esfuerzos a intentar desentrañar qué se esconde detrás de un concepto tan —aparentemente— accesible y ambiguo al tiempo como el de persona.

En el Derecho Romano, por ejemplo, el propio Ordenamiento jurídico se legitimaba por la satisfacción de tres principios, que mucho tenían que ver con el respeto al propio concepto de persona: '*honestae vivere*', '*suum cuique tribuere*' y '*alterum non laedere*' (vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo y no dañar a nadie).[57] Esta idea del respeto a los demás (su consideración como "personas") se ha repetido muchas veces a lo largo de la Historia. El filósofo idealista alemán HEGEL resumía su opinión al respecto con la famosa sentencia "sé persona y respeta a los demás como personas",[58] que encierra todo un programa filosófico y sociológico: un programa intercomunicativo.

---

56 *Vid.* Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, Estudio preliminar de Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, pág. 11 ("Prólogo").

57 Cuestión aparte es que en el propio Derecho Romano se cumpliera a rajatabla lo dispuesto en esta *tria iuris praecepta*, y —sobre todo— las personas consideradas dignas de recibir el tratamiento de tales.

58 *Vid.* Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 36.

C) El renacimiento del concepto de persona en la teoría de JAKOBS

Modernamente (acaso desde mediados del siglo XX) hemos asistido a un "renacimiento" del concepto de persona, concediéndosele una importancia incluso —a nuestro juicio— desmesurada, y ya no sólo desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, sino incluso directamente desde el Derecho Penal.[59]

Aun a riesgo probable de imprecisión o superficialidad, muy resumidamente puede decirse que la cuestión estriba en saber si existe —a efectos de realizar una imputación penal, o sea, a efectos del Derecho (no se discute, pues, el reconocimiento civil, social o político de la personalidad, con sus respectivos derechos)— un concepto de persona preexistente al Derecho (concepto prejurídico, naturalista, ontológico, etc. de persona), o si, por el contrario, se trata de un concepto en cierto modo creado por el Derecho (concepto normativo, funcional, jurídico, etc.).

Para el primer modelo, el Derecho se vería de algún modo condicionado por la persona; para el segundo, a efectos penales, persona es quien el Derecho diga que es persona: sólo ella sería destinataria de las normas jurídicas (de los derechos y deberes, mandatos y prohibiciones en ellas contenidos), y sólo ella sería susceptible de responsabilidad, imputable penalmente. En caso contrario, quedaría —a estos solos efectos— excluido del Derecho penal.[60]

---

59 *Vid.*, sobre diferentes aspectos del concepto de persona, los varios trabajos compilados en *Personen aus bioethischer Sicht*, Tagung der österreichischen Sektion der IVR in Graz, 29. Und 30. November 1996, Herausgegeben von Peter STRASSER und Edgar STARZ, *ARSP*, Beiheft Nr. 73, Franz Steiner Verlag Stuttgart, 1997.

60 *Vid.*, recientemente, Günther JAKOBS, "Personalität und Exklusion im Strafrecht", en *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert. Festschrift für Professor Dr. Dionysios Spinellis*, Herausgeber: Nestor COURAKIS, Abteilung für Strafrechtswissenschaften, Juristische Fakultät, Universität Athen, Ant. N. Sakkoulas Verlag, 2001, págs. 447-467, quien —sobre la base de las aportaciones de LUHMANN ("Exklusion und Inklusion", en ÍD. *Soziologische Aufklärung*, Band 6: *Die Soziologie und der Mensch*, West-deutscher Verlag, Köln und Opladen, 1995, págs. 237 y sigs.; ÍD.

Entre las concepciones más originales y representativas en la moderna dogmática penal destaca la de Günther JAKOBS,[61] uno de cuyos últimos libros lleva por título "Norm, Person, Gesellschaft" ("Norma, Persona, Sociedad"). Esta obra intenta configurar una coherente coordinación de tales elementos, esto es, explicar cómo puede integrarse la persona (y no el mero individuo) en la sociedad y desempeñar sus funciones en relación a la asunción de roles que le corresponden con sometimiento a las normas.

Die Gesellschaft der Gesellschaft, tomo 2o., Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1998, págs. 618 y sigs.)— distingue entre personas en sentido jurídico (destinatarios de derechos y deberes: persona es quien es capaz de Derecho), personas parcialmente excluidas (quien resulta excluido de concretos derechos y deberes) y personas excluidas (quien no disfruta de ningún derecho y no puede ser portador de ningún deber): la exclusión —explica JAKOBS— no puede ser entendida como ausencia total, como mero no-tener (*bloßes Nicht-Haben*): "una exclusión existe sólo cuando *el derecho propio* no le permite avanzar hacia la 'persona en derecho' (*Rechtsperson*)"; también, ÍD. "Zum Begriff des Delikts gegen die Person", en Klaus BERNSMANN / Klaus ULSENHEIMER (Hrsg.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen. Vorträge anlässlich des Symposions zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen am 12/13.10.2001*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln — Berlin — Bonn — München, 2003, págs. 64 y sigs. ("Sobre el concepto del delito contra la persona", traducción de Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, *Revista del Poder Judicial*, núm. 70, Madrid, 2003, págs. 117 y sigs.).

61 *Vid.* Günther JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997 (2. Aufl., 1999). El título completo en castellano podría ser: *Norma, Persona, Sociedad. Prolegómenos (o Reflexiones previas) a una Filosofía del Derecho.* Este libro no debe confundirse con el artículo del mismo autor "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", *ZStW.* Band 107, Heft 4, 1995, págs. 843 y sigs., publicado como libro y diverso título en España: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996. *Cfr.* las recensiones críticas del primer libro citado, Walter KARGL, "Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte? Anmerkungen zu den 'Rechtsphilosophischen Vorüberlegungen' von Günther Jakobs", *GA*, 1999, págs. 53 y sigs.; Norbert HOERSTER, "Buchbesprechung: *Norm, Person, Gesellschaft*", *ZRP*, Heft 5, 1999, pág. 215.

A juicio de Jakobs, el concepto de persona (diferente del de individuo, que es pura "naturaleza", en cuanto denota "ausencia de comunicación social" y de "sentido") es un concepto autorreferente, autopoiético y funcional,[62] integrante y constitutivo de la sociedad (a través de la comunicación), y que se define por la función que el sujeto desempeña en la sociedad, esto es, por el rol social que le es encomendado y que asume en la vida de interrelación: por ello, persona es quien, en el seno de un grupo social, debe cumplir una tarea.[63]

En la concepción de JAKOBS, las nociones de individuo (*Individuum*) y persona (*Person*) se diferencian en función de la consideración singular o de la asunción de rol o cometido social generador de expectativa exigible. Entre el mundo del individuo y el mundo de la persona hay una nítida separación:[64]

1. El individuo representa el estado natural, el medio ambiente, y por ello es inseparable del medio en el que vive, porque la autosuficiencia no es posible[65] (nótese la semejanza entre esta manifestación de inseparabilidad y la concepción del "yo soy yo y mis circunstancias" de nuestro Ortega y Gasset). Las relaciones comunicativas entre los

62 *Vid.* Günther JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1991, pág. 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, pág. IX.

63 JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft*, *op. cit.*, págs. 28 y sigs.

64 JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, págs. 44 y sigs. *Cfr.*, no obstante, Daniel Eduardo RAFECAS, "Crítica actual al concepto funcionalista-sistémico de culpabilidad", *CDJP*, año VII, núm. 11, *Ad-Hoc*, Vilella Editor, Buenos Aires, págs. 457 y sigs., esp. 463 y sig., quien ensaya una crítica a la concepción de JAKOBS, pero desconociendo algunas de las principales aportaciones del mismo, y sin atender a algunos básicos lineamientos de su teoría, *v. gr.* la distinción entre persona e individuo, la delimitación entre expectativas cognitivas y normativas o el aseguramiento contrafáctico de la infracción de la norma.

65 JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, págs. 9 y sigs. y 125.

diferentes sujetos están sometidas a una concreta ordenación, esto es, a un concreto esquema de orden (normativo). Este proceso intercomunicativo tiene lugar entre "personas" (Sociedad es comunicación interpersonal),[66] no entre "individuos" (naturaleza).

2. El concepto de persona es, en tanto sistema psico-físico (*psychophysisches System*), integrante de la Sociedad: la persona expresa sentido comunicativamente relevante, y se define por su fidelidad al Derecho. Sobre esta base, el concepto de persona se configura por varias delimitaciones concretas, entre ellas: por sus espacios de libertad (espontaneidad de la voluntad) y de deber (esfera de competencia); por la obligatoriedad del mantenimiento de la inmunidad o intangibilidad física, tanto propia como ajena; y por su singular productividad en la sociedad.

a) El concepto de persona queda delimitado por la dinámica obligación / libertad, es decir, a través del esquema del 'deber ser' ('*sollen*') en relación con el 'libre espacio' de 'arbitrio' o 'libertad personal' ('*Freiraum*'):[67] "la persona no actúa conforme al esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino conforme a un esquema de deber y espacio de libertad".[68]

---

66 *Cfr.*, críticamente, Ingeborg PUPPE, "Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik", en Erich SAMSON / Friedrich DENCKER / Peter FRISCH / Helmut FRISTER / Wolfram REIß (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, págs. 469 y sigs.; Winfried HASSEMER, "Das Symbolische am symbolischen Strafrecht", en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Herausgegeben von Bernd SCHÜNEMANN / Hans ACHENBACH / Wilfried BOTTKE / Bernhard HAFFKE / Hans-Joachim RUDOLPHI, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 2001, págs. 1001 y sigs., esp. 1012 y sig.

67 JAKOBS, Günther, *l.u.c.*

68 *Vid.* Günther JAKOBS, "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", en *Strafe muss sein! Muss Strafre sein? Philosophen — Juristen — Pädagogen im Gespräch*, herausgegeben von Klaus-M. KODALLE, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1998, pág. 32 (= "Sobre la teoría de la pena", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, *Revista del Poder Judicial*,

b) Además, persona es quien no debe ser lesionado por nadie y no tiene potestad de lesionar a otro.[69] Esta delimitación conceptual recuerda inevitablemente el concepto hegeliano de persona, aludido más arriba.

c) En el marco de la Economía, que dirige la relación positiva entre personas en sociedad, la persona, en el sentido de "persona en Derecho" (Rechtsperson) es quien produce, es decir, quien es productivo en la sociedad por participar con su producción en el sistema.[70]

Consejo General del Poder Judicial, 3a. época, núm. 47, Madrid, 1997, pág. 151; también publicado por la Universidad del Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1999, pág. 17).

69 JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft, op. cit.*, págs. 112 y sigs.

70 JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, págs. 115 y sigs. A este aspecto de la Economía, cuyo entendimiento como criterio definidor de la persona no es —a nuestro juicio— plenamente convincente, ha prestado JAKOBS recientemente especial atención al final de un trabajo sobre "Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit", en Gerhard HÖVER (Hrsg.), *Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 1999, esp. págs. 38 y sigs. (= *La génesis de la obligación jurídica*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, Universidad Externado de Colombia, Centro de investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1999, págs. esp. 43 y sigs.).

Por de pronto, señala JAKOBS la estrecha dependencia entre Estado y Economía: "puesto que el Estado no genera él mismo valores ... sólo puede repartir lo que previamente ha quitado a alguien, mediante su definición como Estado de prestaciones es colocado en dependencia con la Economía, sólo puede cumplir su promesa si la Economía funciona" (*o.u.c.*, págs. 42), y resalta la internacionalización de la actividad económica: "la Economía moderna no es una actividad nacional que esté expuesta a la intervención segura del Estado por quedar limitada al interior del mismo; su ámbito de acción es el mercado internacional, y ello en lo que se refiere a la producción como a la distribución" (*o.u.c.*, págs. 43 y sig.); sobre esta base opina el autor que "en la actualidad puede decirse que la Economía es el generador de obligación" (*o.u.c.*, pág. 47), convirtiéndose en un competidor del Estado en la determinación de deberes, y por tanto, "en la configuración de la persona" (*o.u.c.*, pág. 45).

Esta circunstancia soluciona, a juicio de JAKOBS, algunos problemas antiguos ("la competencia dentro de la Economía sustituye la competencia antes existente, pero hoy adormecida, entre los Estados", *o.u.c.*, pág. 46), pero no obstante trae consigo algunas cuestiones problemáticas: "que hoy en día la Economía genere de modo determinante

RESUMEN

En el sistema de JAKOBS los conceptos de Individuo y de Persona marcan el límite entre la mera naturaleza ("Natur") o medio ambiente (*"Umwelt"*), de un lado, y la Sociedad (*"Gesellschaft"*) o comunicación (*"Kommunikation"*), de otro, que como vimos anteriormente, es una distinción básica de la teoría de los sistemas sociales: "la distinción entre sistema y entorno tiene que ser el punto de partida de todo análisis sistémico-teórico".[71]

Siempre que un sujeto desempeña una tarea en el grupo social, cumpliendo su rol de ciudadano (ejerciendo correctamente sus derechos y deberes), es

deberes, es decir, que defina personas, conduce al problema de cómo ha de procederse con aquellos que no pueden cooperar en la economía, bien porque son incapaces de ello, bien porque la Economía no los necesita" (*o.u.c.*, pág. 45).

Vid., asimismo, ÍD. "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, pág. 119 y sigs., en concreto 133 y sigs. (también en Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, págs. 24 y sigs.), quien destaca el predomino de la Economía en las modernas sociedades, y analiza su influjo en el Derecho Penal actual; el mismo texto en ÍD. "¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en Günther JAKOBS / Manuel CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2000, págs. 43 y sigs., en concreto págs. 54 y sigs. (también en *RPDJP*, núm 1, Lima, 2000, págs. 151 y sigs., esp. 164 y sigs.).

Cfr., en general, Niklas LUHMANN, *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdung einstellen?*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1986, esp. 101 y sigs.; ÍD. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 2. Aufl., Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1989, *passim*, esp. págs. 43 y sigs.; sobre el análisis económico del Derecho Penal, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, "Eficiencia y Derecho Penal", *ADPCP*, tomo XLIX, fasc. I, En.-Abril 1996, págs. 93 y sigs.

71 *Vid.* Niklas LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, pág. 35 (traducción del primer capítulo de esta obra bajo el título: *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, traducción de Santiago LÓPEZ PETIT y Dorothee SCHMITZ, Introducción de Ignacio IZUZQUIZA, Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona — Buenos Aires — México, 1a. edic. 1990, 1a. reimpr. 1997, pág. 50).

(actúa como) "Persona"; cuando defrauda las expectativas normativas (sociales), o cuando no reúne las características anteriormente aludidas es (se deja llevar como) "Individuo". En todo caso, conviene advertir que en esta teoría el concepto de "Individuo" no conlleva necesariamente una carga peyorativa (pues la criminalidad es un suceso social normal), sino simplemente que, a efectos de esta configuración basada en la "teoría de los Sistemas sociales", no es estimada la consideración de "Persona". Pues la "Persona" es una construcción del Sistema social, de ahí que se trate de un concepto funcional y normativo.

Para JAKOBS, "persona es a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso con el Derecho"[72], y por ello, "es persona real aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma"[73]. Se requieren dos condiciones: "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—".[74] Si se vulneran estas condiciones, el sujeto no se comporta como persona (integrante del sistema social), sino como individuo (entorno del sistema): es decir, no es respetuoso con la norma, actuando como naturaleza, como medio ambiente. O lo que es lo mismo: cuando un sujeto infringe una norma (por ejemplo, comete un asesinato), realiza una "*comunicación defectuosa*",[75] y actúa *formalmente como persona, pero substancialmente como individuo*.

---

72 JAKOBS, Günther, "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", *op. cit., l.u.c.* (= "Sobre la teoría de la pena", *op. cit., l.u.c.).*

73 JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft, op. cit.*, pág. 99; también en ID., "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", *op. cit., l.u.c.* (= "Sobre la teoría de la pena", *op. cit., l.u.c.).*

74 JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft, op. cit.*, pág. 99; sin los ejemplos en ÍD. "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", *op. cit., l.u.c.* (= "Sobre la teoría de la pena", *op. cit., l.u.c.).*

75 *Vid.* Günther JAKOBS, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", *ZStW.*, Band 107, Heft 4, 1995, págs. 843 y sigs. (= *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, pág. 18).

De todas maneras, este autor reconoce la dificultad de definir y conceptuar la infracción de la norma. Acabamos de citar una frase de JAKOBS: "ninguna persona asesina". ¿Cómo puede fundamentarse tal opinión? O sea, cuando un sujeto mata ¿cómo actúa: como persona o como individuo? JAKOBS responde:

> "No es sencillamente un error de una persona, pues la persona se define a través de su motivación para una conducta correcta. Pero tampoco puede definirse como medio ambiente de la sociedad, como naturaleza, pues la naturaleza no delinque, sino que, en todo caso, produce desgracias. Se trata más bien de una conducta que en su determinación —y en este sentido— es *formalmente personal*, pero que en su contenido es una conducta que sucede en el medio ambiente de la sociedad real. Dicho a modo de ejemplo respecto de *esta personalidad formal que implica naturaleza material*: un parlamentario sube a la tribuna de oradores y canta una canción obscena. Ello es desde el punto de vista formal un acto parlamentario (una manifestación hecha en esas condiciones está determinada a ser una contribución parlamentaria), pero materialmente es medio ambiente parlamentario (un ruido perturbador sin sentido parlamentario). A diferencia de lo que sucedería en el caso, por ejemplo, de un ujier que por despiste entra en la sala canturreando, la cuestión no se soluciona ubicando la fuente y cegándola (en relación con la normativa de los parlamentarios; en las reglas de los ujieres, el cantar durante el servicio en la sala es un error de una persona, no un mero suceso del medio ambiente), puesto que el medio por emplear en ese proceder (cualquier medida instrumental) es indicio de que se está tratando con el medio ambiente, mientras que el conflicto (el mutuo entendimiento normativo está en peligro) sólo puede ser descrito en el ámbito personal, esto es, intrasocial, en este caso: en el ámbito parlamentario"[76].

76 JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft*, *op. cit.*, págs. 99 y sig.; también en ÍD. "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", *op. cit.*, págs. 32 y sig. (= "Sobre la teoría de la pena", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, págs. 151 y sigs., cuya versión española seguimos). Cursivas añadidas.

Crítica: Esta explicación 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:

1) Por un lado, 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

---

Otro "ejemplo drástico" de JAKOBS en ÍD. "Zum Begriff des Delikts gegen die Person", en Klaus BERNSMANN / Klaus ULSENHEIMER (Hrsg.), *Bochumer Beitrge zu aktuellen Strafrechtsthemen. Vorträge anläslich des Symposions zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen am 12/13.10.2001*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln — Berlín — Bonn — München, 2003, pág. 64: "un hombre ha matado algún día a otro hombre: ¿es esto un delito contra la persona? *Per se* no; pues no es convenido que autor y víctima fueran en absoluto personas, es decir, unidos por un vínculo jurídico y por tanto portadores de derechos y deberes. Cierto que impera hoy como convenido que cada hombre sea también persona, pero históricamente esta equiparación no ha sido válida durante milenios. Visto jurídicamente, pues, no mata un hombre a otro hombre —esto es un suceso naturalístico, que en cuanto tal no puede ser delictivo—, sino que mata una persona, que con ello lesiona su deber, a otra, cuyo derecho es de este modo lesionado, y la lesión del deber o, por otro lado, la lesión del derecho de la persona, es delito".

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.

2) La cuestión no es tampoco clara en otro aspecto: la persona ¿es quién tiene "capacidad" de ser fiel al Derecho o quien "ejercita" la fidelidad al Derecho? La distinción entre "capacidad" y "ejercicio" de la fidelidad a la norma no está muy claramente delimitada, y acaso fuera útil en este contexto.

3) Por otro lado, subyace el problema de la pena: con independencia de la cuestión de a quién se impone la pena (a la persona o al individuo), surge la cuestión de cuándo y por qué corresponde la imposición de la pena. En principio, para JAKOBS la pena (que es violencia legítima estatal) se impone no sólo porque el sujeto ha infringido la norma mediante una comunicación defectuosa (esto es, ha defraudado las expectativas sociales), sino porque ha configurado un mundo. La pena ha de contrarrestar no sólo esa expresión de sentido (comunicativamente defectuosa), sino esa configuración del mundo que realiza el infractor. Y por ello, la pena confirma la vigencia de la norma y restablece la estructura social quebrantada.

D) Articulación de los conceptos de norma, persona y sociedad en JAKOBS

¿Qué posición representan la norma y la sociedad es este esquema jakobsiano? ¿Cómo se articulan los conceptos de norma, persona y sociedad? A juicio de JAKOBS, la sociedad, cuya constitución "tiene lugar a través de normas",[77] es un

77 JAKOBS, Günther, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", *ZStW.*, Band 107, Heft 4, 1995, págs. 843 y sigs. (= *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional,* traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, pág. 25).

"conjunto de personas sometidas a una ordenación". "Sólo la ordenación de personas —dice Jakobs—[78] construye una sociedad, entendida como un mundo normativo (normative Welt) que no resulta de la mera suma o reunión de todos los mundos individuales", sino que es una realidad más compleja, por cuanto implica la comunicación entre una pluralidad de personas, además de un criterio normativo ordenador: "la sociedad es entendimiento (o acuerdo) normativo (normative Verständigung)".[79] Por ello, "la sociedad se concibe como realidad de la norma. Lo que es real, sin ser sociedad, construye el medio de la sociedad, al que pertenece todo el ámbito de la comunicación instrumental"[80].

Por otra parte, según Jakobs,[81] el acuerdo, o sea, la fijación o determinación de la comunicación (lo que una norma tolera o permite, un aseguramiento), no se refiere sólo a normas, sino también al mundo cognitivo (*kognitive Welt*). La norma es el marco en el que se desarrollan las relaciones de grupo. Este marco normativo ha de ser independiente de las voluntades individuales es el marco, y representa la estabilidad del grupo en cuyas relaciones se integran los sujetos individuales.[82]

En síntesis, para Jakobs "existe Sociedad cuando y en la medida en que hay normas reales, es decir, cuando y en la medida en que el discurso de la comunicación se determina en atención a las normas. Esta comunicación no tiene lugar entre individuos que se rigen conforme a un esquema de satisfacción/insatisfacción, y que en ese contexto posiblemente obedezcan al palo de un señor, sino que es la conducta de personas que quedan definidas por el hecho de que siguen normas"[83].

78 Jakobs, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft*, *op. cit.*, págs. 38 y sigs. y 125 (cursivas añadidas).

79 Jakobs, Günther, *o.u.c.*, pág. 62 (cursivas mías).

80 Jakobs, Günther, *o.u.c.*, pág. 98.

81 Jakobs, Günther, *o.u.c.*, págs. 98 y sigs. (cursivas mías).

82 Jakobs, Günther, *o.u.c.*, págs. 28 y sigs., 35 y sigs., 38 y sigs.

83 Jakobs, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft*, *op. cit.*, pág. 99; Íd. "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", *op. cit.*, *l.u.c.* ("Sobre la teoría de la pena", *op. cit.*, *l.u.c.*, cuya traducción citamos).

Consideraciones en torno a la estructura de la ciencia del Derecho Penal en función de las exigencias de nuestra época

Rafael Márquez Piñero

Sumario: I. La problemática de la comunicabilidad en el Derecho Penal. II. Alusión al denominado Derecho Penal de enemigos. III. Examen de la doctrina del riesgo permitido. IV . La imputación objetiva en la participación.

I. La problemática de la comunicabilidad en el derecho penal

Sin duda, la ciencia del Derecho Penal tiene como objeto de conocimiento un concepto, lo más exacto posible, del Derecho Penal. Lo anterior, implica enfatizar tanto como la consideración que la propia sociedad tiene de sí misma. No obstante, la tarea no resulta tan fácil si tenemos en cuenta que hay muchas comunicaciones (ubicadas bajo la denominación de "**Derecho Penal**") sin que propiamente pertenezcan a dicho concepto.

Por consiguiente, sería muy conveniente que estas comunicaciones (solamente llamadas derecho penal) no tienen una legitimidad por sí mismas, pero circulan, en el proceloso océano de los ordenamientos jurídicos, con una etiqueta inadecuada. Jakobs estima (con sobrada razón) que la ciencia, en general y desde luego la ciencia jurídico-penal, no queda satisfecha con la utilización de un simple vocablo, sino ha de buscar el concepto, en la medida máxima que resulte posible.[1]

1 Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, trad. Cancio Meliá y Feijóo Sánchez, Madrid, Ed. Civitas, Cuadernos Civitas, 1996, págs. 15, 16 y ss.

Sin embargo, de igual manera que la consciencia sigue sus propias reglas, la comunicación se acomoda a las suyas propias. Con fundamento en esto, la solución no puede buscarse en la postura antagónica, en que tomando como punto de partida esta situación, se oriente sobre la base del sujeto; en otras palabras no ha de buscarse en la tradicional doctrina europea aristotélica del Estado como conjunto, orientada en atención a la comunidad, aunque, indudablemente, se pueda formular dentro de este modelo sustancial social.

La exposición, más claramente expresada, de la diferenciación entre sistemas sociales y psíquicos, con acusadas consecuencias en el sistema jurídico, aunque con una distancia muy grande con respecto al Derecho Penal, según Jakobs, se encuentra, actualmente, en la teoría de los sistemas de Niklas LUHMANN.[2-3]

En este supuesto JAKOBS nos dice: "Desde la perspectiva de la que aquí se parte, el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. Partiendo de esta concepción, no se concibe la sociedad, a diferencia de lo que creyó la filosofía —entroncada con Descartes—, desde HOBBES a KANT, adoptando el punto de vista de la conciencia individual, como un sistema que puede componerse de sujetos que concluyen contratos, producen imperativos categóricos o se expanden de modo similar. Es cierto que la historia de la filosofía enseña que esta última perspectiva puede ser un objeto de discusión que sea capaz de abarcar conceptualmente durante algún tiempo los problemas existentes".

2 LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociales, Lineamientos para una teoría general*, trad. Pappe y Erker, 2a. ed., Barcelona, Anthropos-Universidad Iberoamericana-Centro Editorial Javerino, 1998, págs. 186, 187 y ss.

"La diferencia sistema/entorno y sus diferenciaciones ulteriores deben tratarse en el nivel general de la teoría de los sistemas. Sin embargo, el paso siguiente debe consistir en elaborar con más claridad cómo ha de tratarse el gradiente de complejidad entre sistema y entorno en el nivel de los sistemas sociales. La particularidad de los sistemas sociales consiste en que éstos se orientan hacia la complejidad bajo la forma de sentido. Esto significa que la diferencia entre entorno y sistema es mediada exclusivamente por **límites de sentido**, lo cual, por cierto, es válido también para los sistemas psíquicos".

3 LUHMANN, Niklas, *Sociología del Riesgo*, trad. PAPPE, ERKER, SEGURA, TORRES NAFARRATE, México, Universidad Iberoamericana-Triana, 1998, págs. 14, 19 y 20.

Resulta cierto que no toda apelación al legislador, y más concretamente al legislador penal, es legítima, no obstante que tampoco los conceptos penales de carácter reductivo **(que al margen de la ciencia nadie más entiende, según JAKOBS) constituyen modelos sociales legítimos, (sino utopías).**

El Profesor JAKOBS, a continuación, intenta señalar algunas características de la sociedad moderna, en su versión occidental, y de hacernos una adecuada descripción de su relación con la noción de derecho penal. También expresa que se limita a las características, que son perceptibles para todos.

El ilustre jurista germánico, tras señalar, con una frase no carente de ironía, de que no se encuentra en situación de profetizar, advierte que únicamente, en forma aislada, tratará de alcanzar a realizar proyecciones del análisis con vistas al futuro. Por tanto, expresa que, en adelante, se ocupará más de la ciencia del derecho penal, en función de las exigencias del presente, que ante las del futuro.

En esta situación, transito desde la problemática dogmática hasta la de la teoría jurídico-penal.

I. Así, parto del progresivo anonimato de los contactos sociales.

II. Siguen los problemas resultantes de la uniformidad de comportamientos de las masas.

III. El predominio del sistema económico.

"Los sistemas sociales operan en la dimensión del **sentido**. La pregunta de qué es el sentido es inabordable ya que la respuesta tiene que hacer uso del **sentido** para contestarla. El sentido se impone como mundo. Precede a todo lo que se pueda preguntar o saber sobre él", pág. 14. "Ningún individuo ni ninguna instancia grupal podría accesar, de golpe, la totalidad social del sentido", pág. 19. "La comunicación como tal —en el sentido más general— es una selección. El sentido sólo se hace accesible a través del medio de la comunicación: un ruido sin lenguaje produce ya una diferencia: es una nota en el cuaderno pautado del sentido", pág. 20.

IV. La creciente conciencia del riesgo.

Termino con una serie de consideraciones acerca del proceso de la internacionalización. Advirtiendo que no se trata sino de un simple esbozo y que el derecho procesal queda fuera del mismo.

Resulta indudable que la filosofía de nuestra época es una filosofía del lenguaje (a este respecto conviene recordar, que JAKOBS cuando da su concepto de persona dice que se trata de un destino comunicacionalmente construido). Entonces la mayor parte de las tendencias filosóficas nos han proporcionado un "**giro lingüístico**" (*linguistic turn*).[4]

Hay un detalle especial, que JAKOBS señala como un hito importante dentro de la formulación de su posición: POSIBILIDAD DE CONTACTOS RELATIVAMENTE ANÓNIMOS, que, a su vez, tiene zonas de manifestación muy concretas. Así:

A) **Delitos de peligro.** Según JAKOBS, en nuestra época, la sociedad posibilita cada vez más los contactos relativamente anónimos; en otras palabras, se está refiriendo a aquellos en los que la dimensión del deber de los participantes se encuentra verdaderamente determinada por su **rol**.

A pesar de ello, no se indaga, incluso sería imposible de averiguar, de forma cognitiva, qué aspecto nos ofrece, en términos generales, "**la administración del ámbito de organización en cada uno**". (Por ejemplo, cualquiera sabe qué rol ha de desempeñar una persona desconocida con la que uno se topa en un lugar apartado).[5]

4 BERUMEN CAMPOS, Arturo, "La performatividad penal de los medios de comunicación", en *Encuentro Internacional: Tendencias del Derecho Penal y la Política Criminal del Tercer Milenio*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-PGR, 2002, págs. 19, 20, 21 y ss.

5 JAKOBS, Günther, *La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente*, trad. Teresa Manso Porto, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, págs. 10, 11, 12 y 13.

En relación a lo dicho *up supra*, JAKOBS ejemplifica: "A saber, que debe comportarse de acuerdo con las reglas jurídicas, pero, por lo demás, no se sabe nada relevante de dicha

En los casos ejemplificados, el legislador procura concretar, fundamentalmente, los postulados normativos, y lo hace de tal modo que el propio legislador describe (igualmente sin hacer mención, de ninguna forma, al resultado no deseado de la acción) la estructuración de los comportamientos contrarios de la norma y, por tanto, lo que se tenga que producir descentralizadamente queda constreñido a la mera averiguación de en qué caso se da tal configuración del comportamiento.

De esta manera, la descripción del legislador prohíbe cosas, muy variopintas, desde el juramento falso hasta la conducción en estado de embriaguez, y lo hace también, cuando el individuo no atisba resultado dañoso alguno de su comportamiento, y quizás tampoco puede advertirlo.

Así, aparece la figura de los **delitos de peligro abstracto**, de tal manera que el tipo de comportamientos se define como no permitido *per se*, es decir, centralmente, sin traer a colación especialidades no centrales, sin inci-

---

persona, es decir, fundamentalmente se ignora si es propensa a las agresiones o si procura más bien tener un carácter pacífico, o también si ante los riesgos se comporta más retraída o entusiastamente, etc. Si a esta situación anónima se le añade que los participantes disponen de objetos peligrosos, como sucede en el tráfico rodado, entonces para la orientación no es suficiente que en las normas penales se fijen por escrito solamente los resultados no deseados de una acción —¡No causes muerte, ni lesión, ni pérdida de libertad, ni destrucción de cosas, etc.!— y que, por lo demás, durante la puesta en práctica del programa se confíe en el **"sano entendimiento humano"** de las personas, es decir, no basta con que los postulados normativos se administren, en este sentido, **de manera descentralizada.**

La mejor forma de poner de manifiesto la insuficiencia de la administración descentralizada de las normas es a través del ejemplo-estrella de lo anónimo, que no es otro que el tráfico rodado: impetuosidades que algunos jóvenes conductores interpretan como un uso estimulante pero inocuo de sus capacidades, otro las entiende ya como —por lo menos— adecuadas para lesionar, etc., y así desde el descuido aún insignificante de la seguridad del vehículo hasta la conducción en estado de alcoholemia de un automóvil listo para desguace. Descentralizadamente, en cada individuo se pueden dar precisamente pareceres muy distintos acerca del significado de un comportamiento determinado".

dir en una contradicción de términos. No obstante, el legislador no necesariamente ha de centralizar de este modo tan radical.

Antes al contrario, también puede declarar el tipo de comportamiento como no permitido bajo cierta cautela, de forma que la conducta deba mostrar idoneidad para dañar o poner en peligro bienes jurídicos (un tipo conocido en el Derecho Penal medioambiental) o que deba conducir incluso a una puesta en peligro concreta (como en algunos parágrafos de la seguridad en el tráfico, 315 y 315A a 315C del StGB, Código Penal Alemán).

Los preceptos señalados constituyen únicamente descentralizaciones parciales y dejan en manos del individuo para que trate de captar la idoneidad o, en su caso, de la puesta en peligro concreta, pero, aún así, también resulta suficiente la idoneidad o la simple puesta en peligro para la realización del tipo, en los supuestos en que el autor juzga, sin el cuidado exigible, que no va a producirse un daño.

En este sentido, resulta interesante señalar que Jürgen HABERMAS coincide (al menos a juicio del autor de estas páginas) en: "El concepto de acción regulada por normas no se refiere al comportamiento de un actor en principio solitario, que encuentre en su entorno a otros actores, sino a miembros de un grupo social que orientan su acción por valores comunes".

Por consiguiente, sucede que el autor unitario o particular sigue una norma (o la transgrede) en tanto, que en una situación dada, se dan las condiciones a que la norma se hace valer. Las normas reflejan un consenso, actual y vigente, en un grupo social. En mi opinión, una norma es una proposición jurídica imputativamente vinculante o, en su faceta dinámica, una conducta humana imputativamente vinculada.[6]

---

6 HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. Jiménez Redondo, 3a. ed., Madrid, Ed. Cátedra. Col. Teorema, 1997, págs. 486, 487 y ss.

"A la acción regulada por normas responde un orden social que es entendido como sistema de normas reconocidas o de instituciones vigentes. Y, por cierto, las institucio-

En este sentido, las normas manifiestan un acuerdo vigente en un grupo social. Los miembros de un grupo (destinatarios de la norma) tienen derecho a esperar unos de otros que —en determinadas situaciones— se lleven a cabo o se omitan las acciones referidas en la norma. Esto supondría la consciencia de que todos los integrantes del grupo respetan el complejo normativo.

Por otra parte, el concepto sustancial de **observancia de una norma** supone el cumplimiento de unas expectativas generalizadas de comportamientos. Dichas expectativas conductuales no tienen el sentido cognitivo de expectativa de un suceso pronosticado, más bien implica el sentido normativo de que los componentes del grupo tienen derecho a esperar un determinado comportamiento. **Este modelo normativo de acción es el que subyace en la teoría del rol social.**[7]

---

nes se consideran tanto más sólidas cuanto mejor integradas quedan las orientaciones valorativas normativamente exigidas con las constelaciones dadas de intereses. Este concepto de sociedad está planteado, empero, en términos tan estrechos que no deja espacio para las operaciones constructivas del propio actor; se expone a la objeción de presuponer un sujeto de acción «sobre socializado»".

7 Ibidem, Habermas considera que: "El concepto de acción dramatúrgica no se refiere primariamente ni a un actor solitario ni al integrante de un grupo social, sino a participantes en la interacción que constituyen un público los unos para los otros, ante el que hacen presentación de sí mismo. El actor suscita en su público una determinada imagen, una determinada impresión de sí, revelando su subjetividad de forma más o menos calculada con miras a esa imagen que de sí quiere dar. Todo agente puede controlar el acceso público a la esfera de sus propias intenciones, pensamientos, actitudes, deseos y sentimientos, etc., a las que sólo él tiene un acceso privilegiado.

En la acción dramatúrgica los participantes aprovechan esta circunstancia y controlan su interacción por medio de la regulación y control del acceso recíproco a la subjetividad de cada uno. El concepto **central de autorepresentación** significa, por tanto, no un comportamiento expresivo espontáneo, sino la estilización de la expresión de las propias vivencias, efectuada con vistas a la imagen que uno quiere dar de sí a un espectador. Este modelo de acción dramatúrgica sirve, en primer término, a descripciones de la interacción orientadas en términos fenomenológicos; pero hasta el momento no ha sido elaborado hasta convertirse en un planteamiento capaz de hacer generalizaciones teoréticas".

Resulta clara la diferencia entre la acción dramatúrgica y la acción regulada por normas de una estructura u orden social, entendido como un sistema de normas reconocidas o instituciones vigentes: así la acción normativamente regulada tiene la consideración más sólida, mientras más integradas queden en las directrices normativas valorativas de los intereses en presencia en una comunidad.

En cambio, la acción dramatúrgica, en vez de estar **socializada**, como la anterior, se encuentra **subsocializada**. Ya que la acción dramatúrgica no queda ubicada, categorial o conceptualmente, en los órdenes institucionales. Por el contrario, este modelo cuenta con una pluralidad de identidades, afirmándose a sí mismas y comunicándose entre ellas en virtud de la autopresentación.

No se puede negar que el modelo expresionista concede amplio espacio a la operatividad creativa del actor, pero pone de manifiesto debilidades que —paradójicamente— tiene simetría con las propias debilidades del modelo normativista.

Por tanto, mientras que los sujetos sobresocializados se constriñen a la reproducción de las mismas estructuras que se encuentran institucionalizadas en el orden social, las identidades que, con mucha riqueza de facetas, hacen exhibición de sí mismas **son concebidas como seres que quedan por encima de la sociedad o que, por así decirlo, entran en ella desde fuera.**

Las debilidades complementarias anteriores resultan superadas en el **interaccionismo simbólico**, en opinión de Habermas. En este sentido, el asumir del **rol** es estimado como el mecanismo de un proceso de aprendizaje, en el que el joven (y en mi opinión, el menos joven) edifica el mundo social, a la vez que desarrolla su identidad propia.

Esta conceptuación de la asunción del **rol** nos propicia entender la individuación como proceso de socialización y, al mismo tiempo, la socialización como individuación. En estas condiciones, el **interaccionismo simbólico** hace desaparecer la oposición, abstracta, entre los órdenes institucionales y la pluralidad de identidades individuales, y ello en un proceso circular de

formación, que integran por igual ambas partes, o sea, al orden social y a sus actores.

En relación con lo anterior (pero reflejando fielmente el pensamiento de Jakobs), el ilustre Maestro dice que —en nuestra época— se está hablando de un sector o parte del concepto de injusto, más específicamente de un sector, o segmento **que es común a todo tipo de injusto**, no a la totalidad o integridad del mismo.

Y aclara: **ya se trate del injusto de un homicidio o el de un delito de daños, el injusto de un delito de lesión o de un delito de peligro abstracto —en todo caso siempre resulta necesario que concurra una acción— al menos en el ámbito de la comisión** (aunque, el propio Jakobs nos advierte que las condiciones pueden manejarse para poder trasladar el problema al ámbito omisivo).

Jakobs considera que ya, desde hace tiempo, ha habido el cese del estado de tirantez, entre las entonces furibundas disputas de causalistas y finalistas. Dicha discusión se trasladó al ámbito de la teoría general del injusto y se refiere a la denominada imputación objetiva, es decir, a la formulación teórica, que ya, en el tipo objetivo, distingue entre la relación causal y la relación de imputación en un sentido más estricto.

Jakobs sigue afirmando que (para los más conspicuos representantes de esa teoría) **la imputabilidad objetiva es algo común a toda clase de injusto**. En este sentido, Jakobs aclara, rotundamente, que no ha aparecido una nueva vertiente de teoría general del injusto. Para él nos encontramos frente a un solo problema; dicho con otras palabras: **que la teoría de la relación específica de imputación objetiva puntualiza el concepto de acción.**[8]

8 Jakobs, Günther, *El concepto jurídico-penal de acción*, trad. Cancio Meliá, 1a. ed., 1a. reimpr., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998, págs. 7, 8, 9 y 10.

"La normativización que ha supuesto la teoría de la relación objetiva de imputación no tiene por objeto algo que esté al margen de la acción, sino que se refiere a la propia

Por consiguiente, un concepto jurídico-penal de acción ha de combinar sociedad y Derecho Penal. Si no lo hace, acaba de convertirse en un concepto de mera utilidad didáctica, descriptivo de un peldaño inicial del delito, y también debe contener una formulación teórica, lo más completa posible de comportamientos jurídico-penalmente relevantes.

La concepción de acción (en tanto que noción jurídico-penal) ha de garantizar que la definición de los comportamientos jurídico-penalmente imputables no sea una mezcolanza de elementos heterogéneos agrupados de cualquier manera, sino una unidad conceptual.

Para JAKOBS, en el momento actual, constituye una opinión muy compartida: la de atribuir el concepto de acción exclusivamente a la teoría del injusto, y se plantea la cuestión acerca del significado de este concepto para la totalidad, es decir, para el injusto y la culpabilidad.

---

acción. Para clarificar lo que quiero decir, intentaré describir —renunciando a reconstruir con exactitud el desarrollo histórico— la relación entre el concepto de acción, por un lado, y la comprensión de la razón de existencia del Derecho Penal en una sociedad, por otro.

Con esta intención —que a primera vista parecerá más bien una sutileza poco clara— también se está insinuando un programa que no es incompatible con la escuela de HEGEL, pero sí lo es con la escuela de V. LISZT y con algunas voces provenientes de WELZEL; con otras palabras, se trata de un programa que se opone a algunos esfuerzos ampliamente difundidos, llevados a cabo en los últimos cien años, y conecta con perspectivas mucho más antiguas.

En este sentido, el concepto de acción no se busca antes de la sociedad, sino dentro de la sociedad. No es la naturaleza la que enseña lo que es la acción, como pretendía la escuela de V. LISZT con su separación de lo físico y de lo psíquico, y el concepto de acción tampoco puede extraerse de la ontología, como comúnmente se sostiene que WELZEL intentó demostrar con su punto de partida desde la finalidad del actuar humano, sino que en el ámbito del concepto de acción lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el Derecho Penal".

Él, con objeto de resolver este asunto, entiende que ha de ocuparse del problema relativo **a si el juicio de injusto constituye un nivel propio de valoración jurídico-penal, es decir, si es algo desvalioso o, diciéndolo con otras palabras, se inquiere: ¿Forma la responsabilidad por culpabilidad parte de la acción?**

En un sentido crítico, refiriéndose a la teoría de la imputación objetiva en Derecho Penal de JAKOBS, el Prof. Dr. Bernd SCHÜNEMANN, llevó a cabo una conferencia, denominada "**Über die objektive Zurechnung**", cuyo contenido sintético tratamos de exponer aquí.[9]

En sentido teórico normativo, en la imputación objetiva se trata de que la prohibición penal formulada **ex ante** debe constituir aún una medida conveniente para evitar el resultado producido (y, por tanto, para proteger el bien jurídico). El mismo ROXIN, y la mayoría de los partidarios de la teoría de la imputación objetiva, han incluido sistemáticamente en la imputación objetiva también a la norma de cuidado a construir ex ante y **ex post**, entre la perspectiva del autor y la perspectiva objetiva del juez.

Schünemann estima que tanto los propósitos de PUPPE, como los del propio JAKOBS de derivar la imputación a partir de un análisis causal escalonado, son preteridos, por tanto constituye una cuestión de perfil valorativo de la problemática de la imputación objetiva, consistente en si la norma de

9 SCHÜNEMANN, Bernd, "Teoría de la imputación objetiva", trad. Mariana SACHER, del artículo "Über die objektive Zurechnung", publicado en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 1999, págs. 207-229.

"La necesidad de la teoría de la imputación objetiva se advierte claramente si se efectúa una comparación con la teoría de la adecuación. Esta última puede fundamentar la eliminación de cursos causales inadecuados del ámbito de la responsabilidad penal, pero no así la eliminación de relaciones del hecho que son adecuadas socialmente, o de daños causados por un shock y de consecuencias sobrevenidas posteriormente, los cuales se desarrollan muy lejos del ámbito de influencia del autor. Por esta razón, si se parte de una responsabilidad penal orientada hacia el fin de protección de los bienes jurídicos, las mencionadas circunstancias se manifiestan como irrelevantes para afirmar la responsabilidad del autor concreto, a pesar de su previsibilidad general".

conducta, violada por el autor, sería conveniente para evitar el resultado producido, **también desde la perspectiva ex post del juez.**

Por otra parte, el autor en comento entiende que la imputación objetiva no únicamente es relevante para el delito culposo (en función del deber de cuidado, según mi opinión), sino también para el delito doloso. No obstante, según SCHÜNEMANN, para el delito doloso los criterios o valuaciones de imputación son diferentes, es decir, más extensos.[10]

Por su parte, Eberhard STRUENSEE dice que la teoría de la imputación objetiva plantea la problemática principal en torno a la estructura general del delito. Insiste en que los partidarios de la teoría de la imputación objetiva, en cierto modo, han tratado de convertirla (y en buena parte lo han conseguido) en la dominante, en la ciencia del Derecho Penal postfinalista.[11]

---

10 SCHÜNEMANN, Bernd, *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, trad. Mariana Sacher, Madrid, ed. Tecnos, 2002, págs. 81, 82 y ss.

"Al respecto, la perspectiva anterior y posterior pueden ser idénticas, pero también pueden diferir una de otra, cuando otros hechos relevantes, que no eran reconocibles *ex ante*, son conocidos posteriormente. En el primer caso (identidad de las consideraciones *ex ante* y *ex post*) se podría hablar de la imputación objetiva en sentido amplio, en el último caso (cuando aparecen hechos adicionales bajo la consideración *ex post*) de la imputación objetiva en sentido estricto.

Desde el punto de vista de la teoría de las normas, en la imputación objetiva entendida en sentido estricto se trata de que la norma de prohibición a constituir ex ante y la norma de sanción a constituir *ex post* no son idénticas, pero deben referirse una a la otra, de modo tal que la prohibición formulada *ex ante* represente también desde la perspectiva ex post una medida apropiada para impedir el resultado que se ha producido."

11 STRUENSEE, Eberhard, "Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo", artículo publicado en *El Derecho Penal Hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, trad. Frabricio Guariglia, 1983, págs. 418 y sigs.

"En la jurisprudencia de los altos tribunales alemanes, por el contrario, ella busca aún, en vano, un reconocimiento. Sus partidarios, en verdad, se broncean anticipadamente a la media luz de expresiones de la Corte Suprema argumentativamente débiles y que necesitan ser interpretadas. En un viraje decisivo en contra del presunto «**subjetivismo**»

En el nivel del tipo (afirma Eberhard STRUENSEE) resulta claro que la teoría de la imputación objetiva no se atrasa de la teoría final de la acción. Antes al contrario, se pronuncia **en un «hiper-subjetivismo», dentro del cual —forzosamente— toma en cuenta «lo subjetivo en la imputación objetiva», es decir, lo admite como elemento conceptual del tipo objetivo.** Según el autor en comento la teoría finalista nunca se perdió en "misterios semejantes".

Si en un rasgo de sinceridad, STRUENSEE advierte que "su contribución" tiene el propósito de aclarar (todo esto, según su muy particular opinión) que la teoría de la imputación objetiva no tiene ninguna razón de ser junto a un tipo (ilícito subjetivo). De ahí que para probar lo anterior es ineludible, lo que a continuación se expresa.[12]

Este desarrollo logró su culminación **en la reunión de la teoría final de la acción con la teoría de las normas.** Primero, desde un punto de vista conceptual expuso las relaciones recíprocas entre las estructuras ontológicas y su valoración, **y amarró los elementos subjetivos del tipo y de la justificación en el sí concluyente concepto de una teoría personal del ilícito.**

---

de la teoría finalista del tipo, la teoría de la imputación objetiva propaga el grito de guerra «**¡regresemos al tipo objetivo!**» junto a ello concede, sin embargo, la consecuencia más manifiesta del finalismo: **el dolo es un elemento constitutivo del tipo del delito.** Con ello vale: quien cuenta el dolo en el tipo subjetivo, es finalista. ***Protestatio facto contraria non valet*".**

12 STRUENSEE, Eberhard, *Temas sobre Teoría del Delito*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1999, págs. 12, 13 y sigs. Completando lo hecho ***up supra*: "Primero**, echar una breve mirada al desarrollo dogmático histórico de las categorías generales del hecho punible en este Siglo XX, pues sólo de este modo se puede comprender las pretensiones y la posición sistemática de la teoría de la imputación objetiva. ... El paso siguiente, **Segundo**, fue llevado a cabo por la teoría final de la acción, la que ante todo fijó la vista en la estructura ontológica de la acción. Ella desarrolló un concepto de acción e ilícito que no sólo podía integrar los hasta ese momento erráticamente casuísticos elementos subjetivos. Este concepto obtuvo forzosamente también un nuevo orden de los elementos del delito, a saber, el reconocimiento del dolo (y de la imprudencia) como elementos del tipo del delito".

II. ALUSIÓN AL DENOMINADO DERECHO PENAL DE ENEMIGOS

Al abordar este apartado, Günther JAKOBS nos hace constar que, también, una sociedad, una comunidad, que se encuentre consciente del riesgo, está en condiciones de establecer la pena en consideración a su función abierta, en otras palabras, orientada con la finalidad de confirmar la identidad normativa, y esperar que, con el transcurso del tiempo, originará una prevención suficiente.

Sería un grave error creer que, las sociedades de nuestra época (tan propicias a discutir, ordinariamente, cuestiones de seguridad) tengan suficiente capacidad de aguante, para estas cuestiones. De lo anterior, el autor en comento deduce que no sería adecuado permitir **que la función latente transcurra siempre en un segundo plano; en otras palabras, la pena determinada conforme al Estado de derecho es insuficiente en algunos ámbitos.**

Para cerrar su razonamiento, JAKOBS trae a colación la diferenciación entre el concepto de Derecho Penal y lo que únicamente se denomina Derecho Penal, aunque advierte que será necesario una averiguación profunda de esta problemática. De esta manera, dice: **Un estado de juridicidad es un estado de validez del Derecho; dicha validez puede, ahí está incluso el quid de la cuestión, mantenerse contrafácticamente en cuanto que un comportamiento corruptor de la norma es marginalizado.**[13]

---

13 JAKOBS, Günther, *La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente*, *op. cit.*, nota 5, págs. 30, 31 y sigs.

"Pero sin algún cimiento cognitivo, la sociedad constituida jurídicamente no funciona, pues en ella no sólo confirman su identidad personas heroicas, sino que también individuos temerosos quieren encontrar su modo de supervivencia. Para la mayoría de los ciudadanos la supervivencia individual está **por encima** de la juridicidad; si no, no habría dictaduras —el que es capaz de morir, no puede ser obligado por la fuerza—. Además de la certeza de que nadie tiene derecho a matar ha de existir también la que con un alto grado de probabilidad nadie va a matar.

Ahora bien, no sólo la norma precisa de un cimiento cognitivo, sino también la persona. El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva

En el fondo, toda esta lamentable secuencia de un Derecho Penal de **enemigos, implica la exigencia de la necesidad de adelantar el ámbito de punibilidad penal**, que ha sido estudiada por muy diversos penalistas, pertenecientes a distintas naciones. Tal es el caso del Profesor Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, quien trató esta problemática con singular acierto.[14]

En el sentido, indicado ***ad inferos***, SILVA SÁNCHEZ constata una situación, que para él no es difícil de comprobar, y se refiere a la existencia de una tendencia, dominante, en la legislación, que tiene la finalidad de introducir nuevos tipos penales, incluyendo una agravación de los ya vigentes.

Dicha secuencia (según la opinión de SILVA SÁNCHEZ) cabe acomodarla en un amplio diseño de restricciones, **o a la reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho Penal sustantivo y del Derecho Procesal Penal, acompañada de la creación de nuevos bienes jurídico-penales, ampliación de los espacios de riegos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los princi-**

---

de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho Penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo. Esto no ha de implicar 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. Sin duda, esto permite todavía mucho, más que en la legitima defensa, en la cual la defensa necesaria sólo puede ser reacción frente a una agresión actual, mientras que en **el Derecho Penal de enemigos**... se trata de la defensa también frente a agresiones futuras".

14 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las Sociedades postindustriales*, Editorial Civitas. Cuadernos Civitas, 1999, págs. 17, 18, 19, 20, 21 y ss. Existe una segunda edición, revisada y ampliada, de este mismo texto, publicada por la misma Editorial y correspondiente al año 2000. Partiendo de la distinción entre **Derecho Penal mínimo y Derecho Penal máximo, el Profesor FERRAJOLI señala la base de la mencionada diferencia.**

Así, el Profesor Luigi FERRAJOLI desarrolla ampliamente sus conceptos.

pios político-criminales, que no serían sino aspectos de esta tendencia general, A LA QUE CABE REFERIRSE CON EL TÉRMINO EXPANSIÓN.[15]

En este sentido, cabe destacar la gran aportación de Luigi FERRAJOLI, que desarrolla magistralmente la diferenciación entre Derecho Penal mínimo y Derecho Penal máximo. El respeto por la persona, los derechos a la vida y a la libertad personal, el nexo que une la legalidad y la libertad, así como la separación entre Derecho y moral, la tolerancia política, y un amplio etcétera a desarrollar por el autor.

El Profesor Dr. Luigi FERRAJOLI expone que se puede hablar de Derecho Penal mínimo y racionalismo jurídico; Derecho Penal máximo e irracionalismo jurídico. En este sentido, FERRAJOLI habla de diversos modelos, y el primero sobre el que se proyecta es el **modelo garantista**, tratando de ahondar sobre el mismo, Luigi Ferrajoli trae a colación "**la epistemología garantista**".

El Derecho Penal, dice el Maestro, de los ordenamientos jurídicos de los países desarrollados constituye un producto primordialmente moderno. Así, los principios, que subyacen son **su modelo garantista clásico (la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia).**

Todo lo anterior, en una amplia medida constituye el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal. Las materias relevantes en esta tradición

---

15 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las Sociedades postindustriales*, *op. cit.*, Nota 14, págs. 18, 19, 20.

"Tal **expansión** es, por cierto, una característica innegable del Código Penal Español de 1995 y la valoración positiva que importantes sectores doctrinales han realizado del mismo pone de relieve cómo la tópica «**huída (selectiva) al Derecho Penal**» **no es sólo cuestión de legisladores superficiales y frívolos, sino que empieza a tener una cobertura ideológica de la que hasta hace poco carecía. ... Recogiendo una antinomia entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja**".

(decantada en el siglo XVIII) constituyen una amplia gama de: **las doctrinas de los derechos naturales, las teorías contractualistas, la filosofía racionalista y empirista, las doctrinas políticas de la separación de poderes y de la supremacía de la ley, el positivismo jurídico y las concepciones utilitaristas del Derecho y de la pena.**

Estas diversas fases, no obstante, aparte de no ser filosóficamente homogéneas entre si, no constituyen aportaciones unívocamente liberales. Aquí, se conjugan, en primer lugar, las filosofías utilitaristas de la Escuela Clásica italiana del Marqués de BECCARIA hasta Francesco CARRARA, basadas en una noción de la pena como la mínima afectación necesaria.

Sin embargo, también, pueden fundamentar técnicas penales autoritarias y antigarantistas (en este supuesto las de prevención especial o las de defensa social) encauzadas en la pretensión de la máxima seguridad posible, con su cauda de principios o directrices que conforman estas tecnologías penales.

Por último, el positivismo jurídico, dicha teoría tiene una ambivalencia ya que, por una parte se encuentra en la base del principio de estricta legalidad, y por la otra también tolera patrones penales absolutistas, cuyo rasgo esencial es la ausencia de limitaciones a la facultad normativa del soberano, de la misma forma que se erige por completo neutral en relación a todas las garantías penales y procesales.[16]

Al principio del pensamiento de Ferrajoli, se hizo mención de la unidad y la coherencia detectables en el plano epistemológico, aparte de la heterogeneidad de los presupuestos filosóficos, relativos a los distintos princi-

16 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Andrés IBÁÑEZ, RUIZ, Miguel, BAYÓN MOHINO, TERRADILLOS BASOCO y CANTARERO BANDRÉS, 3a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 1998, págs. 33 y ss.

En relación con lo dicho ***up supra***, FERRAJOLI completa: "Por no hablar de las concesiones contractualistas, que han servido de base por igual a la teoría hobbesiana del estado absoluto, a lockeana de los derechos naturales y el estado de derecho, a la fichteana del estado pedagogo y a la rousseauniana de la democracia directa".

pios que integran el modelo garantista del derecho penal. Dicha unitariedad consiste, final y esencialmente, en la decidibilidad por ellos asegurada de la verdad procesal de las hipótesis de delito formulables como presupuestos de la pena.[17]

Cada uno de estos términos referidos (en la cita ***ad inferos***) con la expresa exclusión del primero, es decir, la pena expresa una condición necesaria para la atribución de la pena, dentro del modelo de Derecho Penal a que estamos aludiendo. De esta manera, si conceptuamos la **responsabilidad penal** como el conjunto de condiciones normativamente exigidas, para que una persona sea sometida a pena.

Cada uno de ellos pone de manifiesto, además, una condición de la responsabilidad penal. Resulta innecesario, por evidente, que estos términos y las condiciones descritas por ellos, al ser introducidos por manifestaciones de naturaleza teórica y convencional, podrían ser diferentes y, sobre todo, más abundantes.

Evidentemente: **Las condiciones más problemáticas, cuya satisfacción nunca es perfecta, son en todo caso las de la prueba y la defensa en el doble sentido de verificabilidad y refutabilidad en abstracto y de verificación y refutación en concreto de las hipótesis acusatorias predeterminadas por la ley.**

---

17 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, *op. cit.*, Nota 16:

"Conforme a ello, es ahora posible trazar una tabla analítica y sistemática, aunque inevitablemente esquemática, de todos estos principios y, por otro lado, individualizar los distintos modelos de ordenamiento penal de una u otra forma autoritarios que resultan de la falta o de la lesión de uno o varios de aquéllos. Estos principios, formulables todos ellos en la forma de proposiciones de implicación o condicionales, en realidad están ligados entre sí. Es, pues, posible formalizarlos, aislar los fundamentales de los derivados y ordenarlos dentro de sistemas o modelos axiomatizados más o menos complejos y exigentes según los incluidos o excluidos por cada uno de ellos.

Los términos que emplearé en la formulación de estos principios son once: **Pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa**".

Los Diez axiomas del garantismo penal: el sistema garantista —SG—. FERRAJOLI utiliza la denominación garantista, **cognitivo o de estricta legalidad al sistema penal (SG), que incluye todos los términos de nuestra serie**, y cuyos principios (siguiendo una tradición clásicamente escolástica) podría expresarse con otras tantas máximas latinas:

A1 *Nulla poena sine crimine.*

A2 *Nullum crimen sine lege.*

A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.*

A4 *Nulla necessitas sine iniuria.*

A5 *Nulla iniuria sine actione.*

A6 *Nulla actio sine culpa.*

A7 *Nulla culpa sine iudicio.*

A8 *Nullum iudicium sine accusatione.*

A9 *Nulla accusatio sine probatione.*

A10 *Nulla probatio sine defensione.*

FERRAJOLI aterriza todo lo que hemos dicho (en mi particular opinión) en su conceptuación del **Derecho Penal mínimo** y **Derecho Penal máximo**. Precisando los conceptos señala que se trata: de Derecho Penal mínimo y racionalismo jurídico; y **Derecho Penal máximo e irracionalismo jurídico**. Para él los sistemas de Derecho y responsabilidad penal, que ha venido señalando, fluctúan entre dos extremos contrapuestos.

Dichos sistemas, por otra parte, son identificables no únicamente en las **dicotomías saber/poder, hecho/valor o cognición/decisión, sino también con el carácter condicionado o incondicionado, o bien limitado o ilimitado del poder punitivo.** El modelo garantista, diseñado en el sistema garantista (SG) presenta las diez condiciones, limitaciones o prohibiciones,

que pueden ser identificadas como garantías ciudadanas o del gobernado contra el arbitrio o el error penal.

Con arreglo a este modelo, todos sabemos que no se tolera ninguna imposición de pena, sin que —previamente— se lleve a cabo la comisión de un delito, su descripción típica por la ley como tal. La necesidad de su prohibición o punición, sus efectos dañosos para terceros, el carácter fáctico de la acción criminal, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor, y, finalmente, sobre todo, su prueba, mediante una acusación, desarrollada ante un juez imparcial, en un proceso público y contradictorio por la defensa, y todo ello con sujeción a procedimientos legalmente preestablecidos.[18]

FERRAJOLI se detiene ahora en **dos modelos de certeza relativa**, y señala que, hasta ese instante, ha venido hablando de certeza e incertidumbre,

18 Idem., págs. 103, 104, 105 y ss.

El modelo de Derecho Penal máximo, es decir incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la **incertidumbre** y la **imprevisibilidad** de las condenas y de las penas; y que, consiguientemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación. Debido a estos reflejos, el sustancialismo penal y la inquisición procesal son las vías más idóneas para permitir la máxima expansión e incontrolabilidad de la intervención punitiva, y a la vez, su máxima incertidumbre e irracionalidad.

Por un lado, en efecto, la equivalencia sustancialista entre delitos y **mala in se**, aun cuando en abstracto pueda parecer un criterio más objetivo y racionable que el nominalista de la identificación del delito con lo que es declarado tal por el legislador, concluye en la ausencia del límite más importante al arbitrio punitivo, que, además, es la principal garantía de certeza: la rígida predeterminación respecto del proceso de lo que es calificado como delito.

Por otro lado, la investigación inquisitiva con cualquier medio de «verdades sustanciales» ilusorias más allá de los limitados recursos ofrecidos por el respeto a las reglas procesales conduce de hecho, y tanto más si se une al carácter indeterminado o valorativo de las hipótesis legales de desviación, al predominio de las opiniones subjetivas y hasta de los prejuicios irracionales e incontrolables de los juzgadores. Condena y pena son en estos casos «incondicionadas»: en el sentido de que dependen únicamente de la supuesta sabiduría y equidad de los jueces".

ubicando, en principal lugar a la liberación de los ciudadanos, de los gobernados, de los castigos arbitrarios. **La distinción entre Derecho Penal mínimo y Derecho Penal máximo permite ahora asentar con mayor precisión los términos del problema.**

Vista la enorme dificultad, podríamos decir imposibilidad de una correspondencia adecuada, si se quiere perfecta entre jurisdicción y legislación, resulta sumamente útil no hablar, indistintamente, de certeza e incertidumbre del Derecho Penal, sino más bien diferenciar, en cambio, dos formas **de «certeza», ambas relativas y subjetivas, cada una de ellas acompañada de una forma correlativa de «incertidumbre».**[19]

En resumen: **la certeza de Derecho Penal mínimo de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio** *in duvio pro reo*. Es el fin al que tiende sus procesos regulares y sus garantías. Y pone de manifiesto el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario; es necesaria la prueba, es decir, la certidumbre

19 Idem, págs. 106, 107 y sigs.

"La certeza perseguida por el Derecho Penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Los dos tipos de certeza y los costes ligados a las incertidumbres correlativas reflejan intereses y opciones políticas contrapuestas: por un lado, la máxima tutela de la certeza pública respecto de las ofensas ocasionadas por los delitos; por otro lado, la máxima tutela de las libertades individuales de las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias.

Podemos disipar así el equívoco de una mítica «certeza» o «verdad» que sería perseguida por el garantismo cognoscitivista. La certeza, aun no absoluta, a la que aspira un sistema penal de tipo garantista no es ya que resulten exactamente comprobados y castigados **todos** los hechos previstos por la ley como delitos, sino que sean castigados sólo aquellos en lo que se haya probado la culpabilidad por su comisión. En todo caso, ambas «certidumbres» son subjetivas y relativas, afectando «verdades» igualmente opinables y probabilísticas. Su diferencia está sólo en los criterios opuestos con los que se obtienen".

aunque sea subjetiva, no de la inocencia sino de la culpabilidad, sin tolerarse la condena, más bien exigiendo la solución en caso de incertidumbre.

Como fácilmente puede comprenderse, el Derecho Penal máximo tiene su manifestación en los regímenes políticos autoritarios o autocráticos. El derecho penal mínimo en los regímenes democráticos.

III. EXAMEN DE LA DOCTRINA DEL RIESGO PERMITIDO

Volviendo a JAKOBS, protagonista principalísimo de este trabajo, con la precisión que le caracteriza nos habla del riesgo permitido, y a tal efecto va señalando una serie de puntos concretos, así:

A) El carácter ubicuo de los riesgos permitidos

Como todos sabemos, desde la perspectiva jakobsista, cualquier contacto social, es decir entre personas, implica un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe: **a través de un apretón de manos puede transmitirse, a pesar de todas las precauciones una infección; en el tráfico rodado puede producirse un accidente, que al menos mientras exista tráfico sea inevitable.**

Ya que una sociedad sin riesgos no resulta concebible, y entiende JAKOBS que nadie se plantea seriamente, salir de una sociedad, renunciar a ella, una garantía normativa que supusiera **la total ausencia de riesgos no es factible**; antes al contrario el riesgo ínsito a la estructura social **ha de ser irremediablemente tolerado, como riesgo permitido.**

Riesgo permitido, parecería establecer el entendimiento del mismo como un concepto formal del que no cabe sacar nada respecto de las razones de la permisión; por ejemplo legítima defensa, estado de necesidad, etc. No obstante, la finalidad de Jakobs se refiere solamente a la permisión de aquel riesgo que necesariamente se encuentra vinculado a la configuración de la sociedad; en otras palabras, de concretar la adecuación social.

Por tanto, no se toman en consideración las situaciones de causas de justificación. El riesgo permitido no trata de solucionar colisiones de bienes, sino que se proyecta a los supuestos normales de interacción, porque la sociedad (desde la perspectiva del estado normal de la misma) no constituye un mecanismo de protección de bienes, sino un contexto de interacción.

B) ¿Cálculo de costes y beneficios?

No obstante lo anterior (según el pensamiento de Jakobs, tal como lo entiendo) la alusión a la adecuación social resulta demasiado genérica para concretar el riesgo permitido. De esta manera, para conseguir esa concreción, se recurre con frecuencia a presentar el riesgo permitido como un resultado de costes y beneficios.

Por su parte, el beneficio se encontraría integrado por la libertad de comportamiento del **beneficio**, obtenido con la ayuda de la permisión de riesgos; en tanto que los **costes** supondrían la pérdida de aquellos bienes a cuya afectación encauza el riesgo. Por tanto, lo razonable, vendría por el mantenimiento de un equilibrio adecuado.

No obstante, la pretensión de haber hallado una fórmula del riesgo permitido, mediante la proporcionalidad entre costes y beneficios (específicamente entre libertad de comportamiento y puesta en peligro de bienes) se ve frustrada, ya que existe ausencia de un criterio válido de valoración, sin el que todo cálculo incide en una pérdida de validez.[20]

---

20 JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, trad. CANCIO MELIÁ, México, Ángel Editor, 2002, pág. 35.

Ejemplificando, JAKOBS se pregunta: "¿Qué vale una vida humana en el tráfico rodado, o, más concretamente, en el tráfico rodado de particulares en días festivos? ¿Qué valor corresponde al riesgo existente para la salud en el puesto de trabajo en comparación con unas condiciones de producción rentables? ¿Dónde está en la educación de un hijo el punto óptimo entre la libertad, cargada de riesgos, y la tutela, que necesariamente comporta restricciones al libre desarrollo?

A estas preguntas sólo puede dar respuesta quien no mire más allá de un estrecho y a la vez parcial ámbito social. En este sentido, puede que la solución se infiera de casos

C) La configuración de la sociedad como fuente del riesgo permitido

JAKOBS se hace la consideración de si resulta necesario, plantearse la problemática inherente a la cuestión de la aceptación de la relación entre costes y beneficios, refiriéndose a lo que sucede en nuestra época, por ejemplo, a través de la jerarquización de los costes ecológicos del tráfico rodado.

No obstante, lo anterior no implica la realización de nuevos cálculos, en el interior de una sociedad que, por otra parte, sigue siendo la misma, sino que pretende una nueva determinación de la identidad de una parcela parcial de la sociedad y, por tanto, se trata de un auténtico cambio social.

Con gran claridad, el autor en comento expresa que el cambio puede producirse acompañado por el Derecho y, una vez descrito a grandes rasgos puede proporcionársele un toque final mediante el Derecho, si bien no puede comenzarse jurídicamente. Expresado de otra forma: generalmente lo adecuado socialmente camina antes del Derecho. Su legitimación se consigue

---

análogos al caso en cuestión. Pero si en esos otros casos, y sucesivamente en los que le sirvan de base también se cuestiona la fundamentación, el criterio se diluye cada vez más, pues entonces, no sólo se trataría de completar una determinada configuración social conocida en sus rasgos generales, sino de fundamentar por qué una sociedad puede lícitamente tener la configuración que de hecho tiene. Esa fundamentación no se puede llevar a cabo, y en todo caso, no se puede realizar con medios jurídicos.

A modo de ejemplo: en una sociedad que conoce el tráfico rodado de particulares, no cabe rechazar el establecimiento de accesos a un área urbanizable o de turismo con el argumento de que el tráfico que cabe esperar será causa de accidentes; pues mientras sólo esté previsto que se produzcan los accidentes con los que habitualmente cabe contar, se sigue manteniendo el criterio relativo a cuál es la relación adecuada entres costes y beneficios que ha utilizado en otros casos. Sin embargo, para contestar a la pregunta a cerca de si ese criterio general es un criterio legítimo, es decir, si el tráfico rodado de los particulares merece los sacrificios que irremediablemente conlleva, ya no son consideraciones jurídicas las que pueden ofrecer un criterio".

* El mismo libro, con el mismo título e idéntico traductor, fue publicado por la Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, en los años de 1994 y 1995.

del hecho de que integra un apartado de la configuración social, que debe ser preservado.[21]

En estas condiciones, es razonable llegar a la conclusión que lo adecuado en el plano social, concretamente también cuando surge como forma de permisión de un riesgo, no es legítimo por la referencia al Derecho, sino que es su propia evolución la que lo legitima históricamente.

El Derecho establece el bosquejo de lo adecuado socialmente y lo puntualiza en sus detalles. Lo anterior se produce, parcialmente, incluso mediante normas jurídicas. Sin embargo, el Derecho, no tiene más que una actividad auxiliadora. Una actividad auxiliadora no supone, ni mucho menos, que su función carezca de importancia.

Por supuesto que, en una sociedad de libertades únicamente puede aparecer la permisión de un riesgo, si el correspondiente beneficio de la actividad, de que se trate, tiene unas bases admisibles, para los que, en principio, han de sufrir los costes. En una sociedad de libertades no cabe fundamentar la libertad de comportamientos, a costa de los demás.

De ahí, puede establecerse, específicamente, que aquellos, que han de soportar el coste, deben tener un amplio anonimato, en el instante en que se produce la actividad. Por tanto (insistiendo en el tráfico rodado) si ***ex ante*** fuera posible conocer la identidad de las víctimas, que el tráfico rodado ocasionará en un concreto día, resultaría imposible que, ese día el tráfico fuese una actividad jurídicamente permitida.

---

21 Idem, págs. 36, 37.

"Utilizando de nuevo un ejemplo relativo al tráfico rodado: el hecho de que se considere que el tráfico de los particulares en un día de fiesta es un lujo fácilmente renunciable, o que sencillamente es lo normal, o incluso una manifestación especialmente importante de la libertad general de actuación, es decir, que pueda conllevar, en todo caso, costes reducidos, normales o incluso altos, depende de cómo la sociedad se defina a sí misma, y esta autodefinición es parte de la configuración que el Derecho ha de preservar (mientras que esa idiosincrasia no se haya convertido en algo internamente contradictorio)".

En resumen: La tolerancia del riesgo únicamente puede admitirse en la proporción en que *ex ante* las víctimas sean anónimas, y ello porque *ex ante* también pueden ser consideradas como potenciales beneficiarias de las ventajas que la actividad en cuestión reporte.

D) Exclusión de la tipicidad, y no justificación

Cualquier comportamiento que produzca un riesgo permitido es estimado, en el ámbito social, como normal, no precisamente porque, en el caso específico, se encuentre tolerado, en consideración a la situación en que se halla, sino más bien porque en la misma es completamente estimado como natural.

Por consiguiente, los comportamientos originadores de riesgos permitidos no constituyen conductas que necesiten ser justificadas, sino más bien porque no encajan en tipo alguno. La situación aludida (por otra parte, bastante discutida) se impuso, entre otras razones por su producción en la parcela de los comportamientos imprudentes.

Por otra parte, no se pretende la evitación de todos los comportamientos, con efectos causales, sino sólo la evitación de comportamientos (como suele formularse por muchos autores) que infringen el deber de cuidado, que las circunstancias (es decir, los hechos) y las condiciones personales del agente pueden y deben ser respetados.[22]

---

22 JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, trad. Cancio Meliá, *op. cit.*, Nota 20, pág. 37.

"Fue precisamente el delito imprudente el campo en el que se desarrolló esta solución, pues el límite entre comportamiento cuidadoso y comportamiento descuidado ha de trazarse con exactitud sobre todo en aquel ámbito en que ambos son colindantes, lo cual sucede con mayor frecuencia en casos de imprudencia que concurriendo dolo. Los riesgos que son creados de modo doloso suelen (aunque no siempre) ser "con creces" tan descuidados que resultan innecesarias ulteriores disquisiciones, mientras que el tránsito de lo que aún está permitido a lo que ya no lo está frecuentemente ha de analizarse con mayor exactitud tratándose de un hecho imprudente. Sin duda alguna, constituye un riesgo no permitido lanzar a un niño pequeño a un estanque; sin embargo, no es tan fácil determinar cuándo supone un riesgo no permitido dejar que este niño juegue sólo en un

Por lo que se refiere al elemento excluyente del tipo, **resulta fácil delimitar el riesgo permitido frente al estado de necesidad justificante.** Los comportamientos generadores de riesgos permitidos no tienen que estar inscritos en un contexto particular para ser tolerados socialmente, sino que se toleran de modo general.

Se presenta una situación distinta en el ámbito relativo a la justificación; el contexto especial es aquello que permite que sean tolerados comportamientos esencialmente perturbadores. Jakobs ejemplifica con una situación que le es tan cara la del tráfico rodado, y en este sentido dice literalmente:

Un conductor que conduce a una velocidad de 69 kilómetros por hora por un lugar en el que está permitido y es adecuado conducir a 70 kilómetros por hora, no defrauda ninguna expectativa, con independencia de la finalidad que persiga con su viaje, pero el conductor de una ambulancia que circula por el mismo sitio a una velocidad de 75 kilómetros por hora para dirigirse al lugar en el que debe prestar su servicio, necesita de la situación de necesidad como contexto para que, de modo excepcional, su comportamiento sea tolerado (precisamente, debido al contexto).

Por lo que hace a los supuestos de concreción del riesgo permitido, lo que resulta más adecuado consiste en el establecer, *ab initio*, con **una determinación negativa**, ya que la misma es la que resulta más precisa: **deja de estar permitido aquel comportamiento que el propio Derecho define como no permitido, al prohibirlo dada su peligrosidad concreta o abstracta,** inclusive bajo amenaza de pena o de multa administrativa.

En esta tesitura, la cuestión en comento da lugar a una problemática que, hasta ahora, no ha recibido reconocimiento como tal y, por supuesto,

---

jardín en el que hay un estanque. Lanzar al niño puede presentarse como un hecho doloso, la dejación en su tutela como un hecho imprudente".

* No está demás recordar que los alemanes, en general, llaman delito imprudente o comportamiento imprudente, a lo que en nuestro medio, y otros semejantes, llamamos delitos culposos.

muchísimo menos expresada con exactitud en relación con algunos ámbitos vitales donde puede advertirse que el Derecho, y más concretamente el Derecho Civil, tolera como prudentes distintos comportamientos.

El autor se refiere a que (por lo menos en el límite más inferior de la prudencia) y respecto de sujetos que son titulares del mismo rol. Lo anterior es debido a un ordenamiento jurídico que considera como criterio determinante la "**diligencia en asuntos propios**" (§ 277 del BGB, Código Civil Alemán) es decir, la *diligentia quam in suis*.

Así, por ejemplo, en las relaciones conyugales, en las paterno-filiales, o en roles en los que la otra parte ha aceptado situaciones parecidas, como la relación entre socios, o la relación del depositante respecto del depositario a título gratuito. En estos supuestos, **el Derecho admite como acordes a la diligencia ciertas desviaciones por debajo del estándar de una persona cuidadosa, en la medida en que esas desviaciones no alcancen la identidad de la culpa lata.**

Por descontado, el escenario cambia radicalmente en el Derecho Penal, que asume esta forma individualizada de la determinación del cuidado debido por dos razones. Precisamente, por esta asunción en el ámbito penal existen razones distintas, que a continuación trataremos de reseñar.

En primer lugar, la regulación civil se limita a expresar que generalmente, en el ámbito social se toma en consideración la configuración individual de usos en las distintas parcelas, es decir, reproduce, de forma acertada, lo que socialmente se considera adecuado, y no una simple expectativa de encontrarse libre de responsabilidad.

Y, **en segundo lugar**, aunque estuviéramos en presencia de una mera exclusión de responsabilidad, constituiría una estimación, cuando menos extraña intentar intervenir, a través del Derecho Penal, **en un ámbito en el que la víctima ni siquiera puede exigir la reparación civil del daño.**[23]

23 Idem, pág. 40 *in fine*, y 41 *ab initio*. En este sentido, JAKOBS ejemplifica diciendo:

En el ámbito jurídico, no existe un grado fijo de permisión para llevar a cabo puestas en peligro; más bien, se dice que la permisión está vinculada a la configuración del comportamiento. Por ejemplo, constituye un riesgo mayor el conducir con niebla y nieve, aunque se observe el máximo cuidado posible, que conducir superando un 10% la velocidad permitida.

Finalmente, puede presentarse el supuesto de que un daño particular, aunado a la compensación de riesgos, pueda explicarse como una simple consecuencia del riesgo general de la vida. Dicha deducción, perteneciente a la realización de riesgos, puede o no ser diferenciada con claridad de la determinación del riesgo no permitido.

IV. La imputación objetiva en la participación

Jakobs, al adentrarse en la problemática de la participación en la imputación objetiva, considera tres puntos: **Accesoriedad, Prohibición de Regreso, Roles Especiales y Roles Comunes**. En este sentido, el ilustre Maestro germánico nos dice que la responsabilidad jurídico-penal siempre tiene sus bases en el quebrantamiento de un rol.

En esta tesitura, distingue entre roles especiales y roles comunes. En cuanto a los **roles especiales**, entiende que son los que una persona concreta tiene por deber estructurar, unidos a otras personas, un universo común, más o menos completos, según la circunstancia.

Ejemplos: El rol de los padres, que deben formar con los hijos una comunidad. El rol del cónyuge, en el que esposo y esposa han de integrarse

---

"Si unos padres —sin desviarse demasiado del estándar general— dejan sin vendar una herida de su hijo, al igual que suelen proceder respecto de ellos mismos, y no han de reparar el daño que de ello deriva, la omisión tampoco podrá ser castigada jurídico-penalmente como delito de lesiones, a pesar de que ese mismo comportamiento realizado por padres que suelen cuidarse con sumo celo y cuidado sí merezca castigo. **Por consiguiente, debe llegarse a la conclusión de que en determinados ámbitos vitales lo que constituye el estándar diligente se conforma tomando en cuenta cierto componente individual**".

en un mundo conyugal común, o los servicios de asistencia en caso de emergencia, para atender al desamparado.

Dichos roles, al adquirir relevancia en el ámbito jurídico, siempre son segmentos, referidos a personas, de las instituciones que brindan a la sociedad su configuración específica. Se dice que esta configuración es específica si se considera que dichas instituciones concurren independientemente de la juridicidad propia a la constitución social, lo cual se toma como presupuesto.

Un ejemplo de esto es la relación entre padres e hijos o la del Estado como corporación dotada del monopolio de la violencia legítima dedicada a la protección de los ciudadanos. Los titulares de estos roles, al quebrantarlos, responden, comúnmente, a título de autores; dicha situación se aplica al considerar que están obligados directamente frente a la víctima en un ámbito común.

JAKOBS, al abordar el quebrantamiento de roles sin características especiales (también llamados roles **comunes**) reduce dicho fenómeno al de la omisión en el cumplimiento del único rol común que existe. Esto es, el rol de comportarse como una persona en Derecho. Este comportamiento conlleva el respeto de los derechos ajenos, como compensación para la tolerancia del ejercicio de los propios derechos.

Con el propósito de establecer el ámbito de esta competencia común en oposición a la competencia institucional, relativa a los delitos que versan sobre la infracción de un deber, el autor en comento, ha acuñado el término de **competencia por organización**. Lo anterior desemboca en la conclusión de que la juridicidad es una institución, dotada de un rango más general dentro del Derecho.

A la vez, se dice que la juridicidad carece de una especificidad que la haga merecedora de consideraciones particulares en un marco de consideraciones intrajurídicas. Todo rol común está revestido de un carácter positivo al constituir a una persona en cuanto tal en el mundo del Derecho; sin em-

bargo, resalta más el lado negativo, que se traduce en el deber de no lesionar a otros.

Se colige entonces, que la vulneración de un rol común implica la infracción de aquellas normas que imponen a la colectividad el respeto frente a terceros; por ejemplo, no matar, no lesionar, no robar, etc. Este elemento negativo no reviste al rol común de una consideración tal que se vea infringido sólo por una acción y no a través de una omisión.

Aterrizando en el campo de la participación, existe la posibilidad de organizar con otros, y no sólo de forma que cada uno lleve a cabo su propia obra, como sucede por ejemplo **en un almuerzo común, sino también de manera que todos se unan en una sola obra.**[24]

Apartándonos de la situación en las que intervienen personas inmersas en un supuesto de error, o, en su caso, que han sido coaccionadas, o que —por cualquier otro motivo— no pueden ser responsables, y ubicándonos **en el ámbito de los supuestos de participación en los que cabe imputar a todos los intervinientes, nos encontramos con lo siguiente:**

La participación consiste exactamente en aquello que en los demás casos suele denominarse reparto de trabajo: el trabajo para lograr «una obra única» se reparte entre varias personas cada una de las cuales aporta su parte. En estos supuestos, tenemos una clara manifestación en la determinación de lo correspondiente a cada interviniente.

No obstante, en la esfera del Derecho Penal, la actividad, o en su caso la inactividad, objeto de un reparto constituye un delito. De esta manera: la privación de la vida de una persona como homicidio o el rompimiento de

24 *Idem*; pág. 55. "En el ámbito de las buenas obras podrían traerse a colación, por ejemplo, los logros de una empresa industrial o de una orquesta sinfónica; en el campo de las obras que se imputan de manera negativa, se trataría de todas las constelaciones posibles, desde la mera complicidad hasta la actividad de bandas en el crimen organizado".

una ventana ajena, en el caso de delito de daños. Supuestos distintos, pero unidos por el cordón umbilical de la participación típica.

Según JAKOBS, **lo punible en este tipo de comportamientos es el comportamiento que tiene lugar a partir del comienzo de la tentativa. Todo lo anterior es comportamiento previo al hecho**, todo lo que acontece después, comportamiento posterior al hecho. En estos casos hay una secuencia típica referida a distintos momentos integrantes de la totalidad de la conducta.

De todo lo anterior puede decirse: **que quien no participa en la ejecución del hecho (que tiene su inicio en el comienzo de la tentativa) no comete de propia mano un delito, sino que al inducir, aportar medios para la realización del hecho, etc., lleva a cabo un comportamiento anterior a dicho hecho** (la ejecución de propia mano, traducida a la legislación mexicana, constituye un caso de autoría material).

Por supuesto, en el caso de que se trate de un autor único, para ningún penalista la ideación del plan, o la obtención de medios, en tanto que comportamiento integrado al hecho delictivo, el comportamiento típico lo constituye la misma ejecución y nada más.

Pero, cuando el partícipe no lleva a cabo actos ejecutivos no comete un delito de propia mano, y **si la afirmación de que todos responden de su propio injusto y no del injusto ajeno ha de mantener su vigencia, ¿cómo puede imputarse al que no realiza el mismo todos los actos de ejecución?**

La solución a esta controversia radica en afirmar que el sujeto que participa sin llevar a cabo actos de ejecución, actúa, en realidad, en el hecho de quien efectúa actos ejecutivos. Por lo tanto, cabe afirmarse que esto es lo que constituye el injusto. También puede decirse que el injusto permite ampliación en el momento en que se establece la punibilidad de la participación.

Asimismo, el injusto se amplía a través del comportamiento del partícipe. Sin embargo, esta solución conduce a un resultado ambiguo que única-

mente puede ser resuelto de una manera: **ha de reconocerse que quien realiza actos ejecutivos no sólo ejecuta su propio hecho, sino el hecho de todos.**

Tomando en cuenta lo descrito en párrafos anteriores, se deduce que la ejecución es, simultáneamente, **el injusto propio y el injusto de cada uno de los partícipes.** Entonces, todos responden de manera exclusiva por su propio injusto, lo cual no implica que el injusto propio sólo pueda ser el injusto realizado de propia mano.

También puede ser objeto de controversia que el comportamiento previo no sea injusto *per se*. **En especial, se objetará que para quien realiza una participación ha de existir un deber derivado de la injerencia, deber de evitar que el autor lleve a cabo el hecho o de obstaculizar de algún otro modo la producción del resultado que del hecho derive.**

Cabe mencionar que una eventual responsabilidad por injerencia debe ser, necesariamente, accesoria, pues de lo contrario, **la tentativa de omisión debería ser punible antes de la realización del hecho principal, con lo que se destruirían las reglas de la accesoriedad cuantitativa.**

De lo dicho hasta este punto, deriva una concepción novedosa de la accesoriedad: el agente participante en la fase previa no responde, ni jurídica, ni penalmente, por la coproducción del hecho de otro, sino hasta el límite marcado porque el hecho resultante sea también el suyo propio.

Por consiguiente, puede decirse que algo es "propio" no sólo cuando concurre una realización de propia mano, **sino cuando exista una razón para imputar como propio lo sucedido.** A partir de esta consideración, surge la siguiente interrogante: ¿cuáles son las condiciones que deben concurrir para que un injusto sea propio?

En primer lugar, debe asumirse que el movimiento corporal conducente a un resultado lesivo, por ejemplo, un disparo, por sí mismo no es más que un **dato naturalista. Sólo si se concibe como expresión de una persona competente, este dato adquiere significado social.**

A su vez, dicho sujeto debe interpretarse como el destinatario de la imputación; pero nada impide que este destinatario sea colectivo, esto es, la unión de varias personas. Sin embargo, aquí surge el problema de determinar qué personas constituyen el colectivo.

Con el propósito de aclarar esta interrogante, JAKOBS afirma que las personas constitutivas de un colectivo son **todas aquellas que hayan organizado de modo tal, que lo organizado objetivamente tenga sentido como para alcanzar consecuencias delictivas.** Por lo tanto, resulta que **la expresión de sentido** de quien realiza actos de ejecución ha de serle imputada a los sujetos como **el sentido que ellos mismos perseguían.**

En cuanto a quien quebranta el rol, cabe señalar que dicha omisión de responsabilidad se encuentra, en todo momento, dotada de una significación objetiva. Dicha cualidad no se explica porque sea él el último en realizar un movimiento corporal, sino porque (característica común a todos los intervinientes), aquélla resulta óptima para alcanzar consecuencias **objetivamente delictivas.**

Lo que especifica a un injusto como injusto propio no es, como apunta el autor en comento, la comisión de propia mano, sino el sentido delictivo del comportamiento. Esto se manifiesta claramente en los casos en los que el comportamiento comisivo, de propia mano, carece de sentido delictivo. Tal es el supuesto de la producción de resultados lesivos tras seguir las indicaciones de otra persona.[25]

Se concluye, entonces, que **injusto propio** es aquel que es imputado; se imputa a todo el que construya un contexto propicio para el surgimiento de situaciones delictivas de carácter objetivo. Por tanto, lo ante-

25 *Idem*; pág. 58 *in fine*, y 59 *ab initio*. "El técnico que de acuerdo con las instrucciones recibidas abre una compuerta por la que pasan determinadas sustancias químicas para ser vertidas a un río, a pesar de su actuación no comete un delito de contaminación de aguas si no forma parte de su rol controlar los residuos; en un caso como éste, su comportamiento —con independencia de lo que sepa más allá de su cometido— sólo tiene el significado de realizar una tarea limitada dentro de la empresa".

rior permite deducir que la **comisión de propia mano** frecuentemente proporciona una base teórica para la imputación, observación que no permite ser generalizada.

Retomando la tesis principal de este apartado, **la ejecución es algo propio de cada uno de los intervinientes.** Entonces, un hecho, a pesar de ser ideado y llevado a cabo por uno o varios agentes, sucede una sola vez, y no cuantas veces sean las personas que intervienen en el proceso. Dicho de otro modo, se trata de **un solo injusto**, independientemente de la intervención de cómplices, inductores, coautores, etc.

A partir de lo expuesto hasta este punto, resulta oportuno retomar la siguiente interrogante: ¿cuándo se participa en las consecuencias delictivas de un contexto de acción? **En primer lugar**, cabe aclarar que la concurrencia de una conducta objetivamente evitable no constituye un criterio suficiente para calificar a una organización como delictiva.

Los delitos necesariamente deben poder ser concebidos como algo hecho y, a su vez, esencialmente evitable; de lo contrario, se considerarían como **obra del destino.** La evitabilidad, sin embargo, es puramente cognitiva. Es decir, con sólo desearlo, una persona puede evitar que algo acontezca y, por tanto, esta actuación carece de sentido social.

En cuanto a la obligación de **evitar**, puede apuntarse la existencia de ésta **cuando forma del rol de quien actúa en primer lugar velar por el comportamiento de quien actúa a continuación.** En este rubro, surgen dos grupos hipotéticos; uno en el que se excluye la responsabilidad, y otro en los que ésta concurre.

Primero (exclusión de responsabilidad): el comportamiento de un autor está concatenado con el hacer cotidiano de otra persona, desviando dicha conducta hacia el ámbito delictivo. En este caso, sólo el autor responde,[26] puesto que **un comportamiento cotidiano e inocuo no adquiere sig-**

26 *Idem;* pág. 60. Jakobs ejemplifica diciendo: "Alguien cosecha en el jardín de su vecino determinadas plantas venenosas, habituales en la flora del lugar, y las utiliza para envene-

nificado delictivo cuando el autor lo incluye en sus planes. En otras palabras, la ejecución no le es propia al sujeto en cuestión.

Al respecto, cabe hacer algunas aclaraciones. En primer lugar, **no se alcanza una responsabilidad específica por razón del comportamiento al que el autor aúna el suyo y del que derivan consecuencias delictivas.** En este punto radica el ámbito principal de aplicación de la **prohibición de regreso.**

La prohibición de regreso se refiere básicamente a un impedimento para recurrir, en el momento de la imputación, a ciertos sujetos que podrían haber evitado el resultado lesivo. En el caso de no hacerlo, señala JAKOBS, estos sujetos no quebrantan su papel de ciudadanos que observan un comportamiento legal.

A modo de concluir las observaciones relativas a este primer grupo de hipótesis, relativo a la exclusión de responsabilidad, tenemos que la **prohibición de regreso no anula deberes existentes, sino que sólo establece que el comportamiento actual es insuficiente per se para generar responsabilidad.**

Segundo (concurrencia de responsabilidad): quien interviene en la fase previa, participa en el comportamiento delictivo del sujeto que lleva a cabo la ejecución. Asimismo, quien realiza este tipo de prestaciones, peligrosas por sí mismas, no puede distanciarse de las consecuencias delictivas; en todo caso, éstas le son propias.

En estos supuestos, quien lleva a cabo la prestación se coloca al mismo nivel con quien complementa la prestación recibida, hasta completar la conducta propiamente delictiva. El autor en comento relata multitud de ejemplos al efecto.[27]

nar a una persona o a un animal. Esto en nada atañe al vecino, incluso si en el momento de disponer los cultivos en su jardín conociese los malignos planes del autor".

27 *Idem;* pág. 64. "Quien entrega armas que requieren licencia ha organizado la situación de tal modo que las consecuencias delictivas forman parte del sentido de su organización. Dicho de otro modo, quien es garante de la no-disponibilidad de determinados materiales responde de las consecuencias delictivas si infringe su deber".

Finalmente, del mismo modo que el criterio conducente al establecimiento de la participación no está vinculado con la circunstancia de comisión dolosa, la prohibición de regreso se desvincula, por completo, de la ausencia de dolo.

La idea anteriormente expuesta encuentra su fundamento en la consideración de que la imputación objetiva no depende de las características psíquicas de los sujetos intervinientes, sino del sentido social del comportamiento.

Aterrizando de pleno en la **accesoriedad**, y con el objeto de concluir este trabajo distinguiendo claramente entre los términos expuestos a lo largo del mismo, encontramos que la accesoriedad forma parte de la imputación objetiva.

En otras palabras, y siguiendo literalmente al Maestro germánico, **un comportamiento es accesorio cuando constituye una razón para imputar el acto de ejecución que otro ha realizado; lo contrario de la imputación por accesoriedad es la prohibición de regreso.**

Consecuencia directa de la cita transcrita, habría que apuntar que, en el ámbito del Derecho Penal, el **reparto de trabajo** no presupone la concurrencia del elemento doloso; más bien, se fundamenta en la mera distribución de **roles** conducente a la actualización del tipo delictivo.

Dicho de otro modo, **la accesoriedad es independiente del lado subjetivo del hecho.** Las conductas comprendidas en fases previas, ya sean de tipo doloso o imprudente, resultan en la concurrencia del elemento de responsabilidad si conllevan un matiz delictivo; de lo contrario, la responsabilidad queda excluida.

Günther Jakobs se refiere también a estos problemas en el texto siguiente:

La competencia por organización en el delito omisivo, trad. Peñaranda Ramos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Centro de

Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000, passim; así como en *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, trad. Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996, passim.

Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho Penal

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles

Sumario: I. Introducción. II. Planteamiento de la cuestión. III . Características de la expectativas: *1. Sobre la resistencia de las expectativas. 2. Sobre la amplitud de las expectativas como modelos de orientación:* A) Planteamiento del problema. B) El individuo. C) El rol, en especial, sobre la persona. *3. La aceptación social de las expectativas: a) Introducción. b) La aceptación social de expectativas, en los supuestos de organización. c) La aceptación social de expectativas, sin organización.* IV. Resumen final.

I. Introducción

Con cierta frecuencia, se lee en la literatura científica, especialmente desde unas conocidas reflexiones al respecto de Alessandro Baratta, o más habitualmente se oye en ponencias o intervenciones de coloquios y conferencias, que el sistema funcionalista —o como se desee llamar— de Günther Jakobs se basa en la teoría sistémica de Niklas Luhmann, en la autopoiesis, etc. Este origen, se aduce, sería criticable; y en verdad, incluso, se critica a Jakobs desde y con causa en la teoría sistémica. Expectativas, su estabilización, roles, persona, consenso, esperar cognitivo o esperar normativo, orientación social, etc., serían conceptos que Jakobs habría introducido en el Derecho Penal desde la teoría sistémica de Luhmann, por lo que, si ésta teoría fuese criticable —y en la medida en que lo fuera—, así también lo sería la teoría de Jakobs. Asimismo, se reprocha a Jakobs, que su lenguaje, impregnado por la complicada teoría sistémica —se dice—, resulta imbricado e inaccesible. No es necesario extenderse más, pues creo que queda claro a qué me estoy refiriendo.

Sin embargo, dos de las últimas publicaciones de JAKOBS, ambas de gran relevancia, su conferencia de ROSTOCK en las Jornadas Alemanas de Profesores de Derecho Penal, publicada en 1995,[1] y su monografía "Norm, Person, Gesellschaft" que data de 1997, parecen distanciarse claramente de esta interpretación. Así, en aquella conferencia, ya desde la primera página, JAKOBS marcaba sus diferencias con la teoría sistémica de LUHMANN (para situarse junto a HEGEL), en tanto que en el segundo texto, un libro maduro en el que JAKOBS ha recapitulado sobre las bases de su sistema, LUHMANN ni tan siquiera aparece citado en una bibliografía, que sí recoge otros muchos nombres de pensadores ilustres.

Por nuestra parte, creemos que ello no es por casualidad. Y es que, como en las siguientes líneas se trata de demostrar —independientemente de que las críticas a LUHMANN estén o no justificadas—, muchos de los conceptos del sistema de JAKOBS, en su forma y en su fondo, tienen un origen allende de cualquier moderna teoría sistémica o autopoiética. Algunas referencias de historia de las ideas, como reza nuestro título, conducen a esta conclusión. Qué duda cabe que los escritos de LUHMANN han influido enormemente en el sistema de JAKOBS. Esto no quiere ser negado aquí. Basta perder una ojeada entre las citas de su Tratado, para comprobar que, allí donde JAKOBS fundamenta la teoría de la prevención general positiva —base de su sistema—, allí también aparecen las citas de LUHMANN. Pero ni éstas son tan frecuentes como se cree, ni, en todo caso, las mismas resultan tan decisivas como se piensa, porque puede que las mismas se deban, entre otras cosas, a la magnífica y unitaria exposición que LUHMANN hace de ciertos temas, aun cuando él mismo, en ellos, ni tan siquiera tuviera afán de originalidad.[2] Pues, en definitiva —y en esto reside el cambio de paradigma fundamental en

1 "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäischem Prinzipiendenken, — Oder: Verabschiedung des alteuropäischen Strafrechts?", *ZStW* 107 (1995), págs. 843 y sigs. — Existe trad. española, al igual que de *Norm, Person, Gesellschaft*, de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ.

2 En este sentido, puede que el propio JAKOBS haya contribuido a crear, en cierta medida, el clima de opinión al que hacíamos referencia *supra*, en el que se ha producido, cuanto

JAKOBS—, ¿no es la pena, como estabilización de expectativas defraudadas —LUHMANN—, lo mismo que la HEGELIANA "negación de la negación que es el delito"? Y es que no se puede olvidar que LUHMANN ha expuesto dentro de su teoría sistémica —esta teoría sí es su gran aportación—, conceptos que ya poseían una gran tradición en la sociología alemana, especialmente, aquellos que fueron acuñados por el padre de la misma, Max WEBER. También otros nombres, como Georg SIMMEL o Theodor GEIGER o, más moderno, el norteamericano LEWIS, parecen haber rellenado de contenido ciertos conceptos ya antes que LUHMANN. Sobre todos ellos se encuentra —por ejemplo en lo que respecta al concepto de persona—, HEGEL, y, cómo no, en lo referente a su teoría de la pena, aunque ésta hemos preferido dejarla fuera de las presentes reflexiones. De la mano de ellos y de otros, se exponen a continuación algunas referencias de historia de las ideas sobre las expectativas sociales y sus relaciones con el Derecho Penal, unas reflexiones que, para cumplir con el fin que nos hemos trazado en este estudio, quedan intencionadamente ayunas de las habituales referencias a LUHMANN y a su terminología, sin que por ello, entiendo, queden falseadas, ni mutiladas o mermadas en su contenido.

II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Pese a lo que en ocasiones se da a entender, no es necesario ser un sociologo militante para querer solucionar, al menos ciertos problemas jurídicos, a la luz de una teoría de la sociedad. En efecto, es indudable que las cuestiones jurídicas son parte de la sociedad y dependen de los mecanismos de imputación social, ya que, un sistema jurídico en la concepción que hoy tenemos del mismo, sólo se puede construir en sociedad. "El aspecto fundamental del desarrollo jurídico", sostuvo con acierto Eugen EHRLICH, "no reside tampoco en nuestra época, como en ninguna, ni en la legislación, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, sino en la propia sociedad".[3] Y tenía razón. Veámoslo:

---

menos, una distracción por parte de la bibliografía (así, por ejemplo, yo mismo en: *ADPCP* 1995, págs. 195 y sigs.).

3 EHRLICH, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), 4a. ed., ed. por Manfred REHBINDER, Berlín 1989, prólogo. Véase también DURKHEIM, Emile, *Über die*

La noción de sociedad significa, "expresado de la forma más sencilla posible, que los hombres se encuentran obligados a adaptarse y dependen los unos de los otros".[4] Y es cierto: para poder dormir dependemos, al menos en parte, de que nuestro vecino no lleve a cabo una ruidosa fiesta de madrugada, desayunamos y dependemos del productor de los alimentos que ingerimos, vamos al trabajo y dependemos del conductor del autobús, subimos a la oficina y dependemos del técnico que efectuó la última revisión del ascensor, etc. Por ello, el Derecho Penal de esta sociedad compleja, moderna y sumamente interrelacionada, donde dicha dependencia mutua resulta evidente, no puede pretender sino una vigilancia de esa mutua interdependencia social; constituirse en garantía de la misma. Expresado en pocas palabras, se trata de garantizar, siquiera normativamente, que ciertos comportamientos no se van a producir, con objeto de garantizar, a su vez, y facilitar la orientación social.

Como se apuntó *supra*, esta cuestión, empero, ocupa a la ciencia del Derecho, en particular, y a las ciencias sociales, en general, desde hace tiempo. En efecto, que en un mundo en el que todo es posible, la orientación —y con ello la interacción social— no puede llevarse a cabo de forma satisfactoria, en otras palabras, que cuando todo es posible, en realidad y desgraciadamente, nada es posible, se sabe, al menos, desde el sistema de HOBBES del estado natural: él explicó magistralmente que cuando se tiene derecho a todo —en el estado natural—, ese derecho se autoniega, constituye, en definitiva, una simple quimera. Mi "derecho a la propiedad" es obviamente incompatible con el "derecho" del prójimo sobre esa misma propiedad, y mi "derecho a la vida" es, a su vez, incompatible con el "derecho" de un tercero a quitarme la vida a su antojo. En palabras de HOBBES, "no serviría absolutamente de nada, tener un derecho conjunto sobre todo". "En efecto", continúa HOBBES,

---

soziale Arbeitsteilung, — Studie über die Organisation höherer Gesellschaften, trad. por Ludwig SCHMIDTS y Michael SCHMID del original francés *De la division du travail social*, 1930, 2a. ed., Frankfurt am Main, 1988, págs. 116, 147 y sigs., 151 y sig., 198.

4 Theodor GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts* (1947), 4a. ed., ed. por Manfred REHBINDER, Berlín 1987, pág. 8.

"las consecuencias de tal derecho serían más o menos las mismas que si no se tuviese ningún derecho. Cuando todos pueden decir de una cosa, que es suya, el vecino no puede disfrutar de ella y con la misma razón puede decir que es suya".[5] En suma, estas escasas pinceladas demuestran ya, que para que pueda existir interacción social, no todos pueden tener derecho a todo o, lo que es lo mismo, que no se ha de tener que contar en todo momento, tiempo y lugar con cualquier comportamiento del *partner* de la interacción. Antes bien, va de suyo que la interacción presupone una serie de reglas. "Toda actuación en sociedad", según acertada definición de Max WEBER, "debe contener una referencia con sentido, de la actuación de uno en la actuación del otro".[6]

Así pues, aquellos que se interrelacionan no esperan cualquier comportamiento de los demás, sino bien al contrario, poseen, sin duda, unas determinadas expectativas. Expectativas que se originan y varían dentro de concretos sistemas sociales y de las que los propios sistemas sociales se sirven para su mantenimiento.[7] No hay otra opción posible: o interrelación y

---

5 HOBBES, Thomas, *De Cive* (1642), I, 11, traduc. por Günter GAWLICK, Hamburg 1959 (pág. 83) y allí también: prólogo (pág. 69), II 3, IV 4, V 1, X 1; EL MISMO, *Leviathan, - oder von Materie, Form und Gewalt des kirchlichen und bürgerliche Staates* (1651), XIV, XV, ed. por J.P. Mayer, Zürich 1936. Véase también sobre el tema, SCHELSKY, HELMUT, *Thomas Hobbes, — Eine politische Lehre*, 1941, reed. 1981, Berlín, págs. 341 y sig. y EUCHNER, Walter, *Die Staatsphilosophie des Thomas Hobbes*, Hagen 1987, pág. 45. — Cfr. además las ideas al respecto de PUFENDORF, y sobre él, DENZER, Horst, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf, — Eine geistes- und Praktischen Philosophie*, München 1972, págs. 130, 137, 145.

6 Max WEBER, "Kategorien der verstehenden Soziologie", en: *Logos* IV (1913), págs. 253 y sigs., citado según el recopilatorio: *Soziologie, weltgeschichtliche Analysen, Politik*, ed. por Johannes WINCKELMANN, Stuttgart 1956, (págs. 97 y sigs.), págs. 127, 112; Cfr. además sobre el tema, WEISS, Johannes, *Max Webers Grundlegung der Soziologie*, 2a. ed., München etc., págs. 84, 88, 82 y sigs., 60.

7 El tema de las expectativas en Derecho Penal ha sido mucho más tratado en la literatura jurídico-penal de lo que habitualmente se cree. Aquí se sigue principalmente la concepción de JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil (AT), Die Grundlagen und die*

Zurechnungslehre, 2a. ed., Berlín y New York 1991, 1/4 y sigs. y en sentido parecido MÜSSIG, Bernd J. A., *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, — Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischen Fundament - am Beispiel der Rechtsgutbestimmung für die par. 129, 129a und 324 StGB*, Frankfurt am Main y otras 1994, págs. 140 y sigs., 136 en relación con las págs. 89 y sigs.; LESCH, Heiko, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main y otras 1992, págs. 240 y sigs.; KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat, — Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main 1989, págs. 29 y sig., 79 y pássim.; VEHLING, Karl-Heinz, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt am Main y otras 1991, págs. 88, 91 y sigs.; REYES, Yesid, "Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung", *ZStW* 105 (1993), págs. 108 y sigs. (pág. 116); v. DANWITZ, Hanne Christiane, "Ist die Mittäterschaft abhängig von einem gemeinsamen Tatentschluss der Beteiligten?, Ein Beitrag zur Zurechnung bei Arbeitsteilung", tesis doctoral inédita, Bonn 1994, págs. 143 y sigs. en relación a las págs. 89 y sigs.; BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 4a. ed., 1997, págs. 15 y sigs.; véase también SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, "Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte", *ADPCP* 1995, págs. 187 y sigs. (195 y sigs.). Respecto de otras opiniones, en parte coincidentes, y en todo caso basadas también en el modelo sociológico de las expectativas sociales, cfr: BRAMMSEN, Joerg, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garan-tenpflichten*, Berlín 1986, págs. 95 y sigs., 98 y sigs., 119 y sigs.; EL MISMO, "Erfolgs-zurechnung bei unterlassener Gefahrverminderung durch einen Garanten, — Zugleich eine Anmerkung zu BGB NJW 1987, 2940", en: *MDR* 1989, págs. 123 y sigs. (pág. 124); KILLIAS, Martin, "Muss Strafe sein?, Überlegungen zur Funktion von Sanktionen aus sozialpsychologischer Sicht", *SchwZStr 97* (1980), págs. 31 y sigs. (págs. 33 y sig.); OTTO, Harro, "Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung", *NJW* 1974, págs. 528 y sigs. (págs. 533 y sig.); KORIATH, Heinz, *Grundlagen strafrechtliche Zurechnung*, Berlín 1994, págs. 45 y sigs.; WOLFF-RESKE, Monika, "Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, - Ein Beitrag zu den Grenzen der Beihilfestrafbarkeit", Baden-Baden 1995, págs. 85 y sig., 90 y sig.; CALLIES, Rolf-Peter, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Frankfurt am Main 1974, págs. 143, 133 y pássim; EL MISMO, "Rechtstheorie als Systemtheorie", en: *Rechtstheorie, Beiträge zur Grundlagendisk-ussion*, ed. por Günther JAHR y Werner MAIHOFER, Frankfurt am Main 1971, págs. 142 y sigs. (págs. 154 y sigs.); GÖRLITZ, Axel, *Politische Funktionen des Rechts*, Wiesbaden 1976, pág. 96; HAFERKAMP, Hans, *Herrschaft*

expectativas, o "estado natural" y caos. "La actuación social (incluido el omitir [*Unterlassen*] y el dejar hacer [*Dulden*]) puede orientarse en el comportamiento que se espera de otros en el futuro, en el presente, o en el comportamiento de otros del pasado", subrayó ya hace tiempo Max WEBER.[8]

Estas expectativas de comportamiento fueron entendidas en un primer momento de manera cognitiva.[9] De este entendimiento el autor más repre-

---

und Strafrecht, — Theorie der Normenentstehung und Strafrechtssetzung, Inhalts— und pfadanalytische Untersuchung veröffentlicher Strafrechtsforderungen in der Bundesrepublik Deutschland, Opladen 1980, pág. 30. Desde el punto de vista de la sociología del Derecho cfr., además de las habituales citas a LUHMANN (por ejemplo, en SÁNCHEZ-VERA, cit. *supra*), entre otros: DUX, Günter, *Rechtssoziologie, — Eine Einführung*, Stuttgart y otras, pág. 32; EL MISMO, "Probleme der Rechtssoziologie", en: Frank ROTTER, Günter DUX y Rüdiger LAUTMANN (ed.), *Rechtssoziologie Examinatorium*, Heidelberg 1980, págs. 25 y sigs.; BRIESKORN, Norbert, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart y otras 1990, págs. 104; RAISER, Thomas, *Das lebende Recht, — Rechtssoziologie in Deutschland*, 2a. ed. modificada de su *Rechtssoziologie*, Baden-Baden 1995, págs. 211 y sigs., 196 y sigs.; ZIEGERT, Klaus A., *Zur Effektivität der Rechtssoziologie: Die Rekonstruktion der Gesellschaft durch Recht*, Stuttgart 1975, págs. 5, 12; OPP, Karl-Dieter, *Die Entstehung sozialer Normen, — Ein Intergrations-versuch soziologischer, sozialpsychologischer und ökonomischer Erklärungen*, Tübingen 1983, pág. 4; MÜNCH, Richard, *Theorie sozialer Systeme, — Eine Einführung in Grundbegriffe, Grundannahmen und logische Struktur*, Opladen 1976, págs. 38 y sigs. En Derecho Civil, por ejemplo: KÖNDGEN, Johannes, *Selbstbindung ohne Vertrag, — Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, Tübingen 1981, págs. 116 y sig., 13, 151 y sigs. con más referencias bibliográficas.

8 Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie*, 4a. ed. preparada por Johannes WINCKELMANN, Tübingen 1956, pág. 11.

9 Por su parte, MAIHOFER, Werner, "Die Natur der Sache", *ARSP* 44 (1958), págs. 145 y sigs. (págs. 160 y sigs.), ha intentado fundamentar la naturaleza ontológica de las expectativas. A este respecto se pueden consultar también las denominadas "estrategias de responsabilidad social prejurídicas" (en detalle: SCHILD, Wolfgang, "Soziale und rechtliche Verantwortungen", *JZ* 1980, págs. 597 y sigs.). Cfr. también el trabajo del discípulo de MAIHOFER: PHILIPPS, Lottar, *Zur Ontologie der sozialen Rolle*, Frankfurt am Main 1963, págs. 25 y sigs. y pássim. En un sentido similar cree BARROS, Enrique, *Rechtsgeltung und Rechtsordnung, — Eine Kritik des analytischen Rechtsbegriffs*,

sentativo es Theodor GEIGER: "Sociedad es un modo existencial contrario a la existencia solitaria. Su concepto incluye en sí interrelación e interdependencia de varios elementos. Esta vida en comunidad se desarrolla en una cadena invisible de acciones y contraacciones. Puesto que los hombres tienen que vivir en conjunto, cada cual tiene que poder prever con alguna seguridad de qué forma los demás se van a comportar en las situaciones típicas que se producen una y otra vez. Este es el presupuesto para la disposición coyuntural de la propia conducta. La conducta de los otros miembros de la integración-sociedad, especialmente su reacción a mis acciones, tienen que ser previsibles en un cierto grado".[10] Esta concepción, como veremos más tarde, ha sido en cierta medida superada históricamente. En efecto, no se trata de poder conocer con previsión cómo van a reaccionar los demás, esto es, no se trata de un esperar cognitivo —esto probablemente sólo sería posible en sociedades familiares o aún muy reducidas—, sino que se trata, para la facilitación de las interrelaciones, de un esperar normativo. Sobre esto se volverá más adelante, pero lo que es cierto y merece ser subrayado es que tanto Max WEBER, primero, como Theodor GEIGER, después, percibieron una ineludible realidad: en sociedad no se puede esperar todo de todos; el abrazo de unas determinadas expectativas resulta inevitable.

Los preceptos del Código de la circulación que regulan el uso y significado de las señales luminosas en la vías públicas pueden servirnos brevemente como ejemplo de una expectativa social sencilla, asegurada normativamente —y no de forma cognitiva—. Y es que, en efecto, ¿quién se atrevería a cruzar una calle si no pudiera esperar —expectativa normativa— que los automovilistas van a detenerse ante el semáforo en rojo? Ya se sabe que hay conductores que no respetan las señales luminosas, que hay

Ebelsbach 1984, pág. 8, que el hombre prefiere hacer lo que de él se espera, lo que seencuentra "en relación con el hecho de que un egoismo consecuente es poco frecuente, lo que, a su vez, tiene que ver probablemente con un fundamento antropológico"; sobre una aclaración de las expectativas desde un punto de vista antropológico, DUX, Günter, "Der Ursprung der Normen, — Die Bedeutung der Sprache für ihre Entwicklung", *ARSP* 66 (1980), págs. 53 y sigs. (págs. 61 y sigs.).

10 Th. GEIGER, Vorstudien, cit., pág. 10.

por ello accidentes, estadísticamente se puede incluso calcular cada cuántos minutos en una gran ciudad acaece una desgracia por esta causa, etc., pero a pesar de este conocimiento —por ello la expectativa no es simplemente cognitiva— se puede seguir esperando que el automovilista se va a detener ante un semáforo en rojo —expectativa normativa—.

En suma, para reducir la complejidad del mundo (el exceso de posibilidades que como el "derecho de todos a todo" no conduce a nada), se reducen las posibilidades del mundo (en el ejemplo: del tráfico rodado) por medio de expectativas (ante un semáforo en rojo el automovilista se detiene). Esta concepción hunde sus raíces —como se puede inferir de los autores hasta ahora citados— en la tradición de la sociología del derecho alemana, sobre todo, en los escritos de su fundador, Max WEBER: "El dominio de las representaciones determinadas empíricamente sobre el 'sentido' de una 'proposición jurídica' que se cree vigente en las cabezas de determinados hombres", nos dejó escrito, "tiene, atendiendo a determinadas circunstancias, la consecuencia de que la actuación puede orientarse racionalmente en determinadas 'expectativas', esto es, concede a individuos concretos, pues, determinadas posibilidades".[11]

El Derecho no se ocupa de sucesos de la naturaleza, en definitiva, de expectativas simples, sino precisamente del comportamiento social de los hombres entre sí. Objeto del Derecho Penal no es pues, por ejemplo, si se puede o no esperar, no ser alcanzado por un rayo durante una tormenta, sino, *v. gr.*, si se puede esperar cuando se regresa a casa del trabajo, ser o no ser atracado por desconocidos. Este tipo de expectativas dirigidas a hombres y no simplemente a acontecimientos de la naturaleza, arrastran consigo —como MAX WEBER sabía— algunas complicaciones: "La actuación 'racionalmente dirigida' (...) se orienta en expectativas. En principio, parece que fuese lo

11 Max WEBER, *Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., pág. 111; cfr. también el mismo, "Stammlers "Überwindung" der materialistischen Geschichtsauffassung" (*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, tomo 24, 1907), citado según el recopilatorio *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, cit., pág. 350; EL MISMO, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., págs. 12, 14, 17 (parágrafo 6).

mismo si las que muestran el camino al que actúa son determinadas expectativas —sea sin actuación del actuante, sea como reacción precisamente a su actuar—, de sucesos de la *naturaleza* o si son en sentido parecido expectativas de un determinado comportamiento de otros *hombres*. Pero: las expectativas de un determinado comportamiento de otro hombre pueden también fundamentarse —respecto del comportamiento subjetivo racional— en que él espera un comportamiento subjetivo *con sentido* de ellos, esto es, en que él también cree poder contar con las posibilidades de los otros debido a determinadas relaciones *de sentido* con un grado de probabilidad".[12]

Para evitar, pues, conflictos sociales —y por tanto, en gran medida, conflictos jurídicos—, sería demasiado poco por parte de ego —y además, demasiado ingenuo— esperar el comportamiento de alter como si éste únicamente fuese mera naturaleza. Por contra, no sólo se debe esperar el comportamiento de los otros partners de la interacción, sino que, precisamente, hay que aprender a esperar las expectativas de los demás, en suma, a esperar lo que otros esperan que yo espere, etc. Estamos pues ante un problema de coordinación de comportamientos y, por ende, de expectativas. Se trata de poder esperar expectativas ajenas.[13] Un ejemplo

12 Max WEBER, *Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., pág. 113 (cursivas en el original).

13 Detallado respecto de este problema de coordinación, LEWIS, David, *Konventionen, — Eine sprachphilosophische Abhandlung*, trad. del inglés de Roland POSNER y Detlef WENZEL, original de 1969, Berlín y New York 1975, págs. 5 y sigs., 27 y sigs.; BARROS, *Rechtsgeltung und Rechtsordnung*, cit., pág. 5; también en este sentido, PARSONS, y sobre él véase SCHNEIDER, Wolfgang Ludwig, *Die Beobachtung von Kommunikation, — Zur kommunikativen Konstruktion sozialen Handelns*, Opladen 1994, págs. 24 y sigs., 121 y sig. Después, LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3a. ed., Opladen 1987, 32 y sigs., que a este problema de la coordinación lo ha denominado "problema de la doble contingencia"; el mismo, "Soziale Welt" 20 (1969), págs. 31 y sig.; MÜNCH, *Theorie sozialer Systeme*, cit., págs. 40 y sig., 43 y sigs.; EL MISMO, *Theorie des Handelns, — Zur Rekonstruktion der Beiträge von Talcott Parsons, Emile Durkheim und Max Weber*, Frankfurt am Main, págs. 327 y sigs.; OTTO, Harro/BRAMMSEN, Joerg, "Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens (I)", *Jura* 1985, págs. 527 y sigs. (págs. 536 y sig.); en sentido parecido, DUX, *Rechtssoziologie*, cit., págs.

de la vida diaria:[14] Imaginemos que ego está hablando por teléfono con alter y que, repentinamente, se interrumpe la comunicación. Tanto alter como ego quieren continuar con su conversación telefónica tan pronto como sea posible, lo cual, como es obvio sólo es posible cuando uno de los dos espera, mientras que el otro le llama por teléfono. Si los dos llamasen a la vez, ambos estarían comunicando. Si los dos esperasen a la vez, la comunicación no se restablecería. Así pues, ambos tienen que decidir si llaman o si esperan ser llamados, lo cual significa que cada cual establece sus expectativas y su comportamiento dependiendo de las expectativas y comportamiento del partner de la comunicación. Alter sólo decidirá llamar él, si espera que ego, por su parte, espera la llamada; ego esperará en su caso que alter llame, porque espera que alter espere que él espera ser llamado, etc. Como vemos, el comportamiento del otro no puede ser visto como algo predeterminado, sino como producto de su selección. En suma, ego puede planear de forma más adecuada su propio comportamiento, si sabe lo que de él se espera y viceversa: en el ejemplo, ego llamaría porque espera que alter no lo haga, y alter no lo hace porque espera que ego lo haga, etc. En palabras de WERNER MAIHOFER: "Cada uno se ha de colocar, en primer lugar, en el rol o situación del otro y preguntarse qué esperamos —nosotros como tales— de los otros como tales y, con ello, qué es lo que podríamos exigir justamente (...). Tenemos que situarnos pues (...) como compradores en el rol del vendedor y viceversa, y preguntar, qué esperaríamos como tales 'de un modo natural' de un vendedor 'razonable' y por ello 'justificadamente'.[15] "Y es que la estrategia de interacción implica, pues, la asunción de expectativas ajenas en la propia estructura de expectativas. Esta estructura de las expectativas ha encontrado incluso su expresión en el lenguaje popular y, en verdad, tanto en su aspecto negativo — "lo que no quieras (esperes) que se te haga a ti, no se lo hagas tú a los

33, 53 y sig.; respecto de los sistemas morales, BIRNBACHER, Dieter, *Tun und Unterlassen*, Stuttgart 1995, pág. 241.

14 El ejemplo es de LEWIS, *Konventionen*, cit., pág. 5.

15 MAIHOFER, *ARSP* 44 (1958), cit., pág. 167.

demás", como en su aspecto positivo —"y según queréis que hagan los hombres con vosotros, así haced vosotros con ellos"—.[16]

La orientación con base en estructuras de expectativas resulta sencilla y relativamente segura cuando se conoce al partner de la interacción. Esta idea puede ser aclarada fácilmente, de la mano de nuestro ejemplo de la comunicación telefónica que resulta interrumpida. Si ego sabe que alter es una persona tacaña o, incluso, avara, ya que le conoce desde hace tiempo, es indudable que podrá asumir sin dificultad la estructura de la expectativa de alter y con ello solucionar de forma satisfactoria el conflicto que ha generado la interrupción de la comunicación: así, podrá partir de la base de que alter esperará ser llamado para ahorrar de esta manera el coste de la llamada y será él, ego, quien llame. En la sociedad, mejor dicho: en las relaciones sociales, tales conocimientos personalísimos constituyen, sin embargo, una excepción; una excepción, además, con vocación de permanencia, pues habitualmente no dejamos nada más que a un reducido grupo de personas que sepan de nuestra vida privada, de nuestros gustos, de nuestros planes, etc., en definitiva, *de nuestras estructuras de expectativas*. Por ello, a buen seguro que la orientación en sociedad con base en estructuras de expectativas no resulta sencilla.

16 LUCAS, 6, 31; también: MATEO 7, 12. Cfr. asimismo: SPENDEL, Günter, "Die Goldene Regel als Rechtsprinzip", en: *Fritz v. Hippel FS zum 70. Geburtstag*, ed. por Josef ESSER y Hans THIEME, Tübingen 1967, págs. 491 y sigs., respecto de THOMASIUS, pág. 497; probablemente de otra opinión, HRUSCHKA, Joachim, "Die Konkurrenz von Goldener Regel und Prinzip der Verallgemeinerung in der juristischen Diskussión des 17./18. Jahrhunderts als geschichtliche Wurzel von Kants kategorischem Imperativ", *JZ* 1987, págs. 941 y sigs., especialmente respecto de las críticas de PUFENDORF. Además: WIMMER, Reiner, *Universalisierung in der Ethik, — Analyse, Kritik und Rekonstruktion ethischer Rationalitätsansprüche*, Frankfurt am Main 1980, págs. 254 y sigs.; JOERDEN, Jan C., "Drei Ebenen des Denkens über Gerechtigkeit, — Dargestellt am Beispiel einiger rechtsethischer Regel und Prinzipien", *ARSP* 74 (1988), págs. 307 y sigs. (págs. 322 y sig. con nota 53), ambos con más referencias bibliográficas.

Esto se puede demostrar de forma sencilla mediante el conocido dilema lógico de los presos.[17] Lo expongo brevemente: A y B están acusados de haber cometido un homicidio y se encuentran en prisión preventiva en celdas separadas e incomunicados entre sí. Según las leyes del país del dilema, el tipo de delito cometido, la investigación llevada a cabo, etc., nuestros A y B tendrían únicamente tres posibilidades:

a) La primera consiste en no confesar ninguno de los dos la autoría del delito. De esta manera, en nuestro dilema lógico, no se podría probar la participación de ninguno de los dos en la muerte de la que son acusados, por lo que el tribunal no tendría más remedio que absolver.

b) La segunda posibilidad consiste en que uno de ellos confiese, en tanto que el otro no lo haga. De esta forma, en nuestro supuesto país del dilema, con sus hipotéticas normas procesales, el que confiesa quedaría libre de todo cargo debido a su colaboración en el esclarecimiento del hecho como único testigo de cargo, en tanto el otro acusado recibiría una alta pena por el homicidio.

c) La tercera posibilidad, finalmente, es que ambos confiesen. En este caso, gracias a su colaboración con la Justicia ambos recibirían una aminoración de la pena de homicidio.

Pues bien, así las cosas, a pesar de que la alternativa reflejada bajo la letra (a) es, sin duda, la más ventajosa para ambos, la única posibilidad razonable que tienen nuestros presos A y B es confesar (c), puesto que aunque ello no sea tan beneficioso como (a), es, en todo caso, menos arriesgado que no confesar; al menos, mientras exista la posibilidad de que sea el otro quien

17 Cfr. también las exposiciones del mismo en KINDHÄUSER, Urs, "Personalität, Schuld und Vergeltung, — Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe", *GA* 1989, págs. 493 y sigs. (496 y sig., 502 y sig.); EL MISMO, *Gefährdung als Straftat*, cit., págs. 154 y sigs.; KERSTING, Wolfgang, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Darmstadt 1994, pág. 69 con nota 9; VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín 1993, pág. 64 nota 45.

confiese —y recuérdese que se hallan incomunicados—, pues entonces si el otro se mantiene en la negación del hecho, recibirá la pena completa de homicidio (b).

En el dilema lógico de los presos, la cuestión problemática para ambos acusados reside precisamente, pues, en que ninguno de los dos puede saber seguro cuál va a ser el comportamiento del otro acusado. Si tuviesen entre ellos, por ejemplo, una relación de amistad, o familiar u otro tipo de confianza especial, sabrían a lo que podrían atenerse, de tal manera que sí podrían escoger la estrategia más beneficiosa para ambos, ergo: no declararse culpables (a). O si tuviesen un orden normativo que regulase estas situaciones, un orden legal al que poder atenerse, también podrían haber elegido la estrategia más beneficiosa para ambos o, en el peor de los casos, podrían contar que para el supuesto de incumplimiento recaería una sanción de acuerdo con ese ordenamiento sobre el incumplidor, una sanción que estabilizase la expectativa dañada por el incumplimiento. Esto significaría que incluso en una situación tan anónima como la de los presos del dilema lógico (celdas incomunicadas), los sujetos se podrían orientar. Así pues, la estrategia más beneficiosa sólo podría ser elegida cuando ambos pueden confiar —por los motivos que sean— en expectativas ajenas. En otras palabras, si fuese posible una generalización de expectativas en el sistema "prisión", por ejemplo, porque hubiese unas "normas para el dilema de los presos", es obvio que no existiría entonces ya el dilema, sino que se escogería siempre —de acuerdo con esas normas— el comportamiento que fuese más beneficioso para todos.

Con ello se pone de manifiesto que la solución al problema de la coordinación de comportamientos presupone poder confiar en normas que, según el sistema de que se trate, serán las normas de una relación amorosa, las de una relación de amistad o, también, cómo no, las normas de un sistema jurídico. Esta misma problemática, a grandes rasgos, ya fue apuntada por THEODOR GEIGER, si bien él ofreció como respuesta a la misma, más que un esperar-normativo (un deber esperar) un esperar-cognitivo (un poder espe-

rar).[18] "Seguridad de orientación", nos dice GEIGER, "le denomino a cuando sé que 'hay en el ordenamiento', el conocimiento del contenido de las normas. 'Segura' ha de entenderse aquí en el significado de *certus*. Este conocimiento tiene su parte activa y su parte pasiva. Yo sé cuál es la forma de actuación que los otros esperan o no esperan de mí y sé con qué conducta tengo que contar o no. Tengo claro qué formas de actuación y qué situaciones se encuentran de mi parte y de parte de los otros *libres de riesgos* en un sentido concreto, a saber, libres del riesgo de traer consigo perjuicios sociales que pueden ser ordenados como 'reacción social'."[19]

Hasta ahora, por tanto, y de la mano de tan vetusta tradición sociológica en la cuna de su nacimiento, podemos concluir lo siguiente: Para poder coordinar la conducta de los miembros de la sociedad, se crean determinadas expectativas, puesto que la vida en común es tan sólo posible si ego puede esperar el comportamiento de alter —o dicho de forma más exacta: las expectativas de alter—. A este respecto hemos visto también cómo el orientarse en expectativas ajenas es relativamente sencillo, si todos nos conociésemos bien debido, por ejemplo, a que el sistema fuera pequeño, a que no existiesen contactos anónimos, etc. Pero lo cierto es que los contactos anónimos son una absoluta excepción en la sociedad actual y además, esa misma sociedad quiere que ello siga siendo así. Por ello se hace absolutamente necesario poder confiar en un sistema de normas —ya que no se puede confiar cognitivamente en desconocidos— para poder esperar expectativas ajenas, esto es, para poder coordinar el propio comportamiento en sociedad. El ordenamiento normativo se logra cuando todos, *normativamente*, pueden partir de una serie de expectativas ajenas, esto es, mediante la generalización de expectativas. La vigencia de la norma para garantizar seguridad se debe, pues, a la imposibilidad de tener presentes las expectativas ajenas en cada situación concreta, de tal manera que lo que se tiene presente es la expectativa

18 La diferencia no carace, sin embargo, de importancia; cfr. al respecto JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft, — Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlín 1997, págs. 53, 51 y sigs.

19 Th. GEIGER, *Vorstudien*, cit., pág. 64.

que la norma nos indica que hay que tener, sin necesidad de preguntarnos qué expectativa posee realmente el partner de nuestra interacción en ese momento concreto.[20] De esta forma se intenta superar —hablando gráficamente— la violencia y la desconfianza permanentes del estado natural de HOBBES —en donde se aplicaba la agresión como mecanismo previsor de defensa—, en el que nadie estaba en situación de poder esperar normativamente expectativas ajenas.

III. CARACTERÍSTICAS DE LAS EXPECTATIVAS

Las expectativas que poseen la cualidad de poder servir de modelo normativo reúnen ciertas particularidades que las caracterizan. Éstas son básicamente tres: en primer lugar, son expectativas que se muestran resistentes a las defraudaciones; en segundo término, son lo suficientemente amplias como para poder servir de modelo de orientación y, en tercer y último lugar, las mismas, como es lógico, gozan de una aceptación social bastante.[21] Veamos estos tres aspectos de forma separada:

1. Sobre la resistencia de las expectativas

Las expectativas normativas conllevan que en caso de defraudación no haya que renunciar a ellas, sino que, por el contrario, se puedan seguir tomando como modelos de orientación. En términos de HEGEL, se trata de que en caso de delito —negación de la expectativa—, ésta se mantenga sin renunciar a ella, precisamente, para que con este mantenimiento se niegue el delito mis-

20 Este esperar de expectativas, como infra veremos, es infinito: yo espero, lo que alter espera; en realidad espero, lo que alter espera que yo espere, etc. Cfr. al respecto, LEWIS, *Konventionen*, cit., págs. 27 y sig. — Para simplificar la terminología hablaré tan sólo de expectativas o, en todo caso, de expectativas de expectativas.

21 Estos aspectos son subrayados en todos los manuales al uso de Sociología; así, por ejemplo, RÖHL, Klaus F., *Rechtssoziologie, Ein Lehrbuch*, Köln y otras 1987, págs. 394 y sigs., 239; ZIEGERT, *Zur Effektivität*, págs. 16 y sigs.; RAISER, Thomas, *Rechtssoziologie, — Ein Lehrbuch*, Frankfurt am Main 1987, pág. 226; MÜNCH, *Theorie sozialer Systeme*, cit., págs. 98 y sigs., 106 y sig. y pássim; también así: LUHMANN, *Soziologische Auf-klärung*, cit., págs. 121 y sigs.

mo. Vigencia sobre vigencia: la de la expectativa, sobre la del delito.[22] En efecto, cuando se han seleccionado tan sólo algunas posibilidades de entre muchas —se trata "sólo" de "esperar"—, es inevitable que, en ocasiones, las expectativas resulten defraudadas. Pues bien, ante esta defraudación no se "aprende" cognitivamente, modificando la expectativa para la próxima vez, sino que la misma se mantiene de forma normativa, *pro futuro*.[23]

En Derecho Penal es claro que se reacciona a la defraudación de expectativas de forma normativa, esto es, que, ante una defraudación, no es necesario aprender cognitivamente. Esto se debe, en primer lugar, a un fundamento antropológico. En efecto, las normas jurídicas se ocupan del comportamiento humano y en este ámbito nos está permitido atribuir ciertos daños a la responsabilidad de alguien —de una forma más o menos acertada—, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de los fenómenos naturales que —al

22 Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts - oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Berlín 1821, ed. de Eva MOLDENHAUERY Karl MARKUS Michel, 3a. ed., tomo VII, Frankfurt am Main 1993, parágrafo 97, Zusatz (cit. en adelante: *Rechtsphilosophie*).

23 Éste quizás sí sea un aspecto que LUHMANN, dentro de la Sociología, ha subrayado de forma incisiva; véase: "Soziale Welt" 20 (1969), cit., págs. 34 y sigs.; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, cit., págs. 42 y sigs., 55 y sigs.; EL MISMO, *Das Recht der Gesellschaft*, cit., págs. 133 y sig.; EL MISMO, *Ausdifferenzierung des Rechts, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main 1981, págs. 114 y sigs. —También destacado por: DUX, *Rechtssoziologie*, cit., págs. 33, 50; el mismo, "Der Ursprung der Normen, — Die Bedeutung der Sprache für ihre Entwicklung", *ARSP* 66 (1980), págs. 53 y sigs. (págs. 58 y sigs.); RAISER, *Das lebende Recht*, cit., pág. 197; MÜNCH, Richard, *Theorie des Handelns, — Zur Rekonstruktion der Beiträge von Talcott Parsons, Emile Durkheim und Max Weber*, Frankfurt am Main 1988, pág. 241; EL MISMO, *Theorie sozialer Systeme*, cit., págs. 45 y sig.; RÖHL, *Rechtssoziologie*, cit., págs. 239 y sig.; ZIEGERT, *Zur Effektivität*, cit., págs. 28 y sig.; GELLER, Helmut, *Position, Rolle, Situation, — Zur Aktualisierung soziologischer Analyseinstrumente*, Opladen 1994, págs. 24 y sigs. —De la literatura jurídico penal: JAKOBS, *AT*, cit., 1/5 y sig.; LESCH, *Sukzessive Beihilfe*, cit., págs. 243 y sigs.; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, cit., págs. 91 y sig. Cfr. también KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, cit., págs. 116 y sig. y OPP, *Die Entstehung sozialer Normen*, cit., pág. 10. Parecida a esta problemática es la denominada "disonancia cognitiva", cfr. al respecto, KILLIAS, *SchwZStr* 97 (1980), cit., págs. 36 y sigs.

menos en la concepción actual— no permite que se atribuya responsabilidad a alguien o algo, pues esto sólo es concebible en un mundo mitificado. Así, hoy día resulta absurdo para nuestra actual sociedad imponer una "pena" a un objeto inanimado para "castigar" a la Naturaleza por una catástrofe. Y es que, cuando se producen tales daños naturales, no hay más remedio que aprender, pues no hay posibilidad de llevar a cabo una atribución de responsabilidad, como decimos, en algo ajeno a nosotros mismos —que no sea la propia casualidad, pero respecto de ella no se puede hablar, propiamente, de "responsabilidad"—.[24]

Esta atribución, sin embargo, sí es posible en la actual sociedad cuando de comportamiento humano se trata. Por ello, por medio de esa atribución de responsabilidad se estabilizan las expectativas defraudadas, de tal manera que ni el afectado por la defraudación (la víctima), ni el resto de la sociedad, tienen que renunciar a la orientación de acuerdo con esa expectativa. Precisamente mediante la atribución a un tercero de la defraudación, se ha estabilizado la expectativa: no soy yo el que ha esperado algo equivocadamente, nos diremos, sino ese tercero quien no se ha comportado de acuerdo a la expectativa.

Otra aclaración plausible para explicar la actual orientación del hombre con base en expectativas normativas la podemos encontrar a la luz de los estudios de Karl POPPER. Como él ha puesto de manifiesto, las "leyes de la naturaleza" son falseadas mediante la concurrencia del suceso que ellas habían "prohibido". Ejemplos de ello no son difíciles de encontrar: una ley de la naturaleza que estableciese que los rayos no alcanzan a las personas, sería falseada inmediatamente en cuanto se observase que, efectivamente, un rayo había alcanzado a una persona, matándola. Las leyes de la naturaleza "no

24 Cfr. BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, cit., págs. 208 y sig. Sobre el hecho de que en sociedades primitivas se impusieran penas a cosas inanimadas, cadáveres, animales, etc. cfr., detallado, HENTIG, Hans, *Die Strafe*, Bd. I (*Frühformen und Kulturgeschichtliche Zusammenhänge*), Berlín y otras 1954, págs. 19 y sigs. y KELSEN, Hans, *Vergeltung und Kausalität, - Eine soziologische Untersuchung*, Den Haag 1941, parágrafos 15 y sig. y 17 y sigs.

afirman que algo existe, sino que algo no existe. Precisamente a causa de esta forma son falseables: en cuanto se acepte una frase que muestre que la prohibición ha sido quebrantada, que afirme la existencia de un 'suceso prohibido' (...), se ha refutado con ello la ley de la naturaleza afectada".[25] Cuando las leyes de la naturaleza han sido falseadas hay, pues, que aprender. Así, ellas sólo pueden servir de base a expectativas cognitivas, pues es evidente que los sujetos no se pueden orientar en las leyes de la naturaleza ya falseadas.

Distinta es la situación en las normas. Aquí no se trata de relaciones empíricas: no establecen que algo existe o que no existe (como las leyes de la naturaleza), sino que algo no *debe* existir, a saber, el quebrantamiento de la norma. No son pues, como digo, relaciones empíricas y, por tanto, tampoco falseables. No son falseadas cuando se produce el acontecimiento que prohíben (como las leyes de la naturaleza). Por ello pueden servir como garantía normativa de expectativas, esto es, en caso de defraudación el sujeto se puede seguir orientando de acuerdo con ellas.

Según lo dicho, sencillo resulta afirmar que las expectativas jurídico penales son expectativas normativas, puesto que no es necesario, ni conveniente, que el esperar se adapte a la realidad, es decir, que haya que aprender.[26] Por ello, es necesaria alguna otra reacción que estabilice la expectativa, que estabilice, en definitiva, que la situación —al contrario que en el esperar cognitivo— no requiere nuestro aprendizaje, sino que, por lo que respecta a la expectativa, seguirá igual.[27] La clase de reacción viene ya determinada en la propia expectativa, que contiene su propio mecanismo de lucha contra su defraudación. En Derecho Penal la forma de estabilización, puesto

25 POPPER, Karl R., *Logik der Forschung*, 8a. ed., Tübingen 1984.

26 Que las expectativas garantizadas por el Derecho Penal sean normativas no quiere decir, empero, que todas las expectativas normativas sean garantizadas penalmente.

27 De todas formas la vigencia de la norma también necesita de una protección cognitiva en sentido general, como acertadamente sostiene JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., págs. 53, 51 y sigs.

que la expectativa y la realidad no coinciden, es, básicamente,[28] la pena. Al contrario que en la expectativa cognitiva, no nos hallamos ante un esperar incorrecto, sino ante comportamiento incorrecto imputable a un determinada persona. Para terminar como empezábamos, con palabras de HEGEL: la pena supone la negación de la negación (de la expectativa); y, con ello, se logra una verdadera conexión interna entre hecho punible (aquel que defrauda la expectativa) y pena (reafirmación de la expectativa).[29]

2. *Sobre la amplitud de las expectativas como modelos de orientación*

Las expectativas, ya ha sido apuntado, han de ser lo suficientemente amplias como para poder ser modelo de orientación general. Para este cometido se las dota de una identificación con sentido para una situación concreta, pero todavía desconocida. La identificación de las conexiones entre expectantes y expectativas mediante principios de indentificación facilita, de nuevo, el problema de la coordinación de los comportamientos en sociedad. Veamos esta cuestión en detalle, la cual también hunde sus raíces en la tradición sociológica e iusfilosófica anteriormente aludida.

---

28 Sobre otras formas de estabilización de la defraudación, que no consisten en sanciones, sino en aclaraciones del conflicto, en no tomarlo en cuenta, etc., cfr. JAKOBS, Günther, "Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit? ", en: *Aspekte der Freiheit*, ed. por D. HENRICH, Regensburg 1982, págs. 69 y sigs. (72 y sig.); EL MISMO, *AT*, cit., 1/13a y sigs.; en general, KILLIAS, *SchwZStr* 97 (1980), cit., págs. 35 y sigs. con más referencias bibliográficas. — Véase además, SCHILD, *JZ* 1980, cit., págs. 598 y sigs.

29 HEGEL, *Rechtsphilosophie*, cit., parágrafo 97, Zusatz; véase también JAKOBS, Günther, *ZStW* 107 (1995), cit., pág. 844; EL MISMO, *Norm, Person und Gesellschaft*, cit., págs. 103 y sigs.; LESCH, Heiko H., "Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens", *JA* 1994, págs. 510 y sigs., 586 y sigs. (596 y sigs., con más referencias bibliográficas); esta conexión interna entre hecho punible y pena había sido ya apuntada —como LESCH señala— por BACIGALUPO, Enrique, "Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht", *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, ed. por Günter STRATENWERTH y otros, Berlín y New York 1974, págs. 477 y sigs. (480 y sigs.).

a) Planteamiento del problema

Puesto que, obviamente, no se puede saber qué es lo que están pensando los demás, esto es, ego no puede estar seguro de cuáles son las expectativas de alter, sólo será posible que ego (o alter) pueda esperar —que tenga expectativas—, si existe algo que une a alter y a ego, de tal forma que las expectativas puedan estar referidas a ese algo. En otras palabras, únicamente será posible la generalización de expectativas si existen unos principios de identificación comunes a todos los expectantes. De esta manera las expectativas permanecen inalteradas ante las especialidades de cada caso. Un ejemplo diario: Quien da una moneda, no es necesario que se pare a pensar cómo es tomada por quien la recibe. Si el receptor no reconoce la moneda como forma de pago con un determinado valor, y se la cuelga en el cuello a modo de amuleto y sigue reclamando la cantidad adeudada, el que entregó la moneda —al igual que los otros miembros de la sociedad— no deberá, de todas formas, renunciar a la expectativa. Esto quiere decir: Ego, el que entregó la moneda, no ha de *actualizar* las expectativas de alter —el receptor— para cada caso concreto. "En efecto", sabía, de nuevo, Max WEBER, "el propio comportamiento se orienta en la expectativa de que también los otros van a 'tomar' el dinero, que es lo que consigue, en definitiva, que se pueda usar dinero".[30] Así pues, los principios de identificación de las expectativas facilitan el problema de la coordinación de comportamientos en nuestra sociedad y, con ello, facilitan la interacción.

En relación con el Derecho Penal se plantea por tanto la cuestión, de cuál ha de ser el principio de identificación adecuado de las expectativas o, preguntado de otro modo, qué grado de abstracción poseen las expectativas que garantiza el Derecho Penal. Por lo general, el principio de identificación de expectativas en Derecho Penal es el individuo, aunque no se hable al respecto ni de expectativas, ni de principios de identificación, etc. Y es que en efecto, la dogmática jurídico penal tradicional considera al individuo

30 Max WEBER, *Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., págs. 126 (cita), 132; EL MISMO, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., pág. 11.

—esto es una consecuencia de la teoría de los imperativos— como destinatario de la imputación. En otras palabras, se toma como principio de identificación —aun, como decimos, sin hablar de ello— a un sistema psico-físico. Sobre esto volveremos a continuación. Las siguientes reflexiones intentan, por su parte, demostrar, que el individuo es un principio de identificación inadecuado y que ello se deduce, de nuevo, de la tradición socio- e iusfilosófica alemana y no necesariamente de modernas teorías sistémicas. En efecto, en Derecho Penal —por adelantar ya parte de las conclusiones— el principio de identificación es uno más abstracto que el individuo, el rol.

b) El individuo

Si las expectativas se identifican con el individuo (*in-dividuus*, lo que no se puede "*dividere*"), entonces la expectativa se refiere a lo que se puede esperar del sujeto concreto, a lo que se le puede imputar a él como tal. A simple vista esto podría parecer lo más ventajoso: si el individuo nos es conocido, es por ejemplo un amigo, se puede esperar con relativa seguridad. El riesgo de una defraudación es, pues, mínimo,[31] aunque de producirse, mayor. Pero este pensamiento es únicamente correcto, como ya vimos *supra*, si estamos ante contactos íntimos, esto es, ante contactos en los que el partner de la interacción se presenta precisamente como indivisible, como ser separado de su especie. Basta pensar en el hombre "en el amor o en la amistad"; "aquí puede que lo que el individuo se reserve para sí se acerque cuantitativamente al valor cero",[32] señalaba GEORG SIMMEL. Y es que, en efecto, —a esto se

31 Pudiera ser que precisamente porque se conoce bien a la persona de la que se espera, puede que haya que esperar poco. Pero es mejor "esperar poco" —en realidad se espera lo mismo, pero de un modo negativo—, que una defraudación de expectativas. Así, es preferible saber que alguien siempre llega tarde —uno se adapta a la expectativa llegando también tarde—, que esperar "mucho" —siempre puntualidadç y resultar defraudado con frecuencia.

32 SIMMEL, Georg, *Soziologie, — Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung* (1908), reimpresión sin modificaciones de la 3a. ed. de 1923, Berlín 1958, p. 26. Cfr. también HUBA, Hermann, "Recht und Liebe", *FamRZ* 1989, págs. 127 y sigs. (128).

refería SIMMEL— respecto del individuo las expectativas se encuentran obviamente identificadas con el partner *concreto* de la relación y no en base a una generalización, que no es posible. Un amante sabe habitualmente lo que puede esperar de alter y viceversa, pues la expectativa está indentificada en la otra persona precisamente en base a la relación existente. Basar las expectativas que se tienen en una relación amorosa en un principio de identificación superior, por ejemplo, en lo que "otros hagan", además de resultar una grosería, no funcionaría. También se puede pensar en los contactos que se establecen en una comuna o tribu, en donde asimismo —aunque en muchas de ellas ya existe la separación por roles— el principio de identificación es el individuo.

Fuera de estos casos, sin embargo, es necesario un cambio de paradigma. El principio de identificación de expectativas basado en indivuduos no es en absoluto adecuado para una sociedad como la actual, que no vive tan sólo de los referidos contactos entre individuos (seres individuales, conocidos), sino que, antes bien, se basa en contactos donde reina un gran anonimato. Las expectativas de un Derecho Penal que pretenda facilitar no sólo contactos íntimos entre individuos, sino precisamente los grandes contactos anónimos actuales entre personas no pueden tener como principios de identificación individuos:[33] cuando se trata de contactos anónimos las expectativas resultarían defraudadas con demasiada frecuencia. Habría demasiados sucesos que no coinciden con la expectativa, de tal manera que la expectativa dejaría de servir de modelo de orientación del comportamiento. Así por ejemplo, de un individuo como tal, no se puede esperar que se motive de acuerdo con el Derecho. Ya se sabe desde el principio que hay individuos que no se motivan en este sentido y otros, por cierto, que ni tan siquiera pueden hacerlo (niños, enfermos mentales).[34] Si las expectativas se identifi-

33 Cfr. JAKOBS, *AT*, cit., 6/22; EL MISMO, *Das Schuldprinzip*, Opladen 1993, pág. 29.

34 Se reacciona, entonces, cognitivamente, por ejemplo: internando al individuo e intentándo curarle (enfermos mentales), educándole, etc. Sobre esto, fundamental: JAKOBS, *AT*, cit., 1/12, 17/50, 17/1; EL MISMO, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München 1992, pp. 41 y sig. con nota 40; EL MISMO, "Strafrechtliche Schuld ohne

casen con individuos, no sería superada la desconfianza permanente del estado natural de HOBBES, la orientación del propio comportamiento sería imposible —o, dicho de forma más exacta, la única orientación posible sería la guerra de todos contra todos—. La individualidad se ocupa sólo de sí misma, de su propia conservación,[35] como ya sabía Miguel DE UNAMUNO.[36]

En suma, la noción de individuo no es adecuada para la identificación de las expectativas garantizadas jurídico-penalmente, al menos, de las expectativas de la actual sociedad. La seguridad de la expectativa no puede depender de individuos que los miembros de la sociedad no pueden, ni quieren conocer personalmente. Expectativas cuyo principio de identificación sea el individuo no pueden alcanzar, pues, la generalización suficiente y no pueden servir, por tanto, como modelos orientativos.

c) El rol, en especial, sobre la persona

"Roles sociales son", así reza la definición habitual, "el conjunto de expectativas, que son vinculadas en una sociedad determinada, al comportamiento

---

Willensfreiheit?", cit., pág. 75; EL MISMO, *Schuld und Prävention*, cit., págs. 17 y sig.; EL MISMO, "Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern", *ZStW* 101 (1989), págs. 516 y sigs. (520); KINDHÄUSER, Urs, *GA* 1989, cit., págs. 493 y sigs. (501). Véase también GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "Handlung, Unterlassung und Verhalten", en: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, ed. por Gerhard DORNSEIFER y otros, Köln y otras 1989, págs. 159 y sigs. (160 y sig.), quien ha señalado, que el Derecho Penal tiene que partir de que el efecto coactivo de la norma le es accesible a todo aquel que no sea un enfermo mental, lo cual apunta a lo que a continuación en el texto se va a exponer: que el principio de identificación es, pues, el rol "persona".

35 Dicho de forma más exacta: cada cual se ocupa de lo que la naturaleza le ha atribuido, esto es, excepcionalmente también, respecto de otros; cfr. al respecto JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., pág. 20.

36 Cfr. al respecto TEMENÓN-SOLÍS, Guillermo, "Individuum und Person bei Miguel von Unamuno", *ZphF* 21 (1967), págs. 3 y sigs. (28), por lo que él establece como principio de identificación la "persona", aunque no un concepto basado sólo en el respeto mutuo (institución negativa, a continuación en el texto), sino en un concepto de persona positivo en el sentido de ayudar al prójimo desde una perspectiva católica. En todo caso, el principio general es el mismo.

de los portadores de una determinada posición".[37] Al igual que el concepto de expectativa, la construcción teórica del rol hunde sus raíces en la tradición sociológica clásica, aunque en un primer momento ésta la denominase de distintas maneras. Así, cuando uno de los padres de la moderna sociología, GEORG SIMMEL, trata la cuestión de "¿cómo es posible la sociedad?", señala: "(...) el conocimiento pleno sobre la individualidad de los otros nos ha sido negado. Nosotros nos imaginamos a cada hombre —con las consecuencias que esto trae para nuestro comportamiento en relación a él— como una clase de hombre al que su individualidad le ha dejado de pertenecer, nos lo imaginamos a un lado de toda singularidad, en una categoría general, *categoría que no le cubre por completo, y que él no cubre por completo*. (...) Dentro de un determinado ámbito, al cual pertenecen todos los que posean algo en común del trabajo o de ciertos intereses, uno de los miembros ve a los otros no

37 Según la definición de DAHRENDORF, Ralf, *Homo Soziologicus, — Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*, 15a. ed., Opladen 1977, págs. 32 y sig., 56; EL MISMO, *Gesellschaft und Freiheit*, págs. 69 y sigs., citando a T. PARSONS. En general, el concepto de rol ha sido definido como lo ha hecho DAHRENDORF; cfr. al respecto: REHBINDER, Manfred, *Rechtssoziologie*, 2a. ed., Berlín y New York 1989, págs. 111 y sigs., 129; LUHMANN, *Rechtssoziologie*, cit., págs. 86, 98; RAISER, primero en: *Rechtssoziologie*, cit., págs. 220 y sig., después en: *Das lebende Recht*, cit., pág. 193; WÜSTMANN, Ephard, *Rolle und Rollenkonflikt im Recht*, Berlín 1972, pág. 21; KISSLER, Leo, *Recht und Gesellschaft, Einführung in die Rechtssoziologie*, Opladen 1984, págs. 112 y sig.; MAYNTZ, Renate, *Soziologie der Organisation*, Hamburg 1963, págs. 81 y sigs.; MÜNCH, *Theorie sozialer Systeme*, cit., págs. 49 y sig.; LINTON, Ralph, "Status und Rolle", en: *Moderne amerikanische Soziologie, — Neuere Beiträge zur soziologischen Theorie*, ed. por Heinz HARTMANN, 2a. ed., Stuttgart 1973, págs. 310 y sigs.; DUX, *Rechtssoziologie*, cit., págs. 52 y sig.; ARGYLE, Michael, *Soziale Interaktion*, ed. por Carl Friedrich GRAUMANN, trad. por W. R. ARLT, 3a. ed., Köln 1975, pág. 271, con más referencias bibliográficas de la literatura angloamericana; desde un punto de vista individualista, WEEDE, Erich, *Mensch und Gesellschaft, — Soziologie aus der Perspektive des methodologischen Individualismus*, Tübingen 1992, págs. 65 y sigs. (véase, empero, también págs. 70 y sig.). La teoría del rol es aceptada incluso desde una perspectiva empírica de la sociología, y así por ejemplo, por WISWEDE, Günter, *Soziologie*, 2a. ed., Landsberg am Lech 1991, págs. 185 y sigs.

como algo simplemente empírico, sino como algo que ya ha sido establecido *a priori*, en la forma que ese ámbito impone en la conciencia de cada uno (...)".[38]

El concepto de rol procede del mundo del teatro. Al igual que el actor habitualmente no es el autor de la obra que se representa —él interpreta algo que ya ha sido previamente determinado por otro—, así puede hablarse en los roles sociales de una predeterminación: se delimita que es lo que se espera de un médico, de un policía, de un ciudadano, etc. En general se pueden distinguir dos formas de adjudicación de roles. La "atribución" y la "adquisición" de un rol.[39] Roles atribuidos son aquellos que se asignan al portador del rol, en principio, con independencia de su comportamiento, por ejemplo, el rol sexual. Los roles adquiridos son aquellos en los que la voluntad del portador del rol ha sido parte en el proceso de asignación de ese determinado rol.

Así las cosas, puesto que el Derecho Penal se ocupa de conflictos *sociales*, el principio de indentificación no puede ser el individuo en sí, sino precisamente *en sociedad*, es decir, el individuo en su rol en sociedad. Con ello se facilitarán contactos sociales anónimos y se pueden coordinar las expectativas.[40] En verdad, la referencia a los roles, aunque pueda parecer lo

38 SIMMEL, *Soziologie*, cit., págs. 24 y sigs. (sin cursivas en el original).

39 Cfr. REICHARDT, *Soziologie*, cit., pág. 114, citando a Ralph *LINTON* (1936).

40 Véase JAKOBS, *AT*, cit., 1/8; el mismo, *ZStW* 107 (1995), cit., págs. 859 y sig.; el mismo, *ZStW* 101 (1989), págs. 518 y sig.; EL MISMO, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen 1996, pág. 31 *in fine*; OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 5a. ed., Berlín y New York 1996, parágrafo 9, números marginales 30 y sigs.; OTTO, Harro/BRAMMSEN, Joerg, "Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens (I)", *Jura* 1985, págs. 527 y sigs. (536 y sig.); BRAMMSEN, *Entstehungsvoraussetzungen*, cit., págs. 115 y sigs.; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, cit., págs. 179 y sig.; REYES, *ZStW* 105 (1993), cit., págs. 116 y sig., 131; VEHLING, *Abgrenzung*, cit., pág. 93 con nota 18, pág. 97 con nota 31, págs. 97 y sigs.; WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten*, cit., págs. 131 y sigs. — En parte (se debe tener en cuenta el concepto de rol sólo por lo que respecta al

contrario, ya es práctica habitual en algunos ámbitos de la teoría del delito. Así, si la expectativa se identifica con un rol determinado y no con un determinado individuo, se puede aclarar fácilmente porque en Derecho Penal, por ejemplo en la figura de la denominada autoría mediata, no se tiene en cuenta necesariamente la distancia fáctica entre el autor del delito y el resultado fenomenológico. Especialmente claro es esto también, en los delitos de omisión. En ellos, los principios de identificación no son los individuos, sino las posiciones de garante, en otros palabras: los roles.

Cuando las expectativas se vinculan a determinados roles y no a individuos, se renuncia a la garantía que supone la expectativa referida a un individuo en los casos en los que éste nos es conocido, es amigo nuestro, etc. y, así, en Derecho no puede ser esperado lo que en el día a día puede ser esperado de ese individuo, como por ejemplo, su conocimientos especiales. Pero esta renuncia, sin embargo, conlleva una ventaja: no es necesario crear expectativas concretas para el caso concreto, lo cual quiere decir que en caso de contactos anónimos, de todas formas, existirán y tendrán vigor ciertas expectativas. Se puede partir, pues, de unos mínimos estándar. Los roles son, *en relación a la sociedad*, únicamente una parte del comportamiento humano en ella ("el hombre en una categoría que no le cubre por completo", SIMMEL), igual que la representación teatral no es la vida completa del actor. En este sentido, el concepto de rol es más concreto que el de individuo. — A la vez y *en relación al individuo*, los roles —como en el teatro— pueden ser

injusto, pero no por lo que se refiere a la culpabilidad, donde rige la "persona-individual"): MAIHOFER, Werner, "Der Unrechtsvorwurf — Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre", *Festschrift für Theodor Rittler zu seinem achtzigsten Geburtstag*, ed. por Siegfried Hohenleitner y otros, Aalen 1957, págs. 141 y sigs. (154 y sig.); MIR PUIG, Santiago, "Die Zurechnung im Strafrecht eines entwickelten sozialen und demokratischen Rechtsstaates", *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2 (1994), págs. 225 y sigs. (235 y sig., solamente para algunos delitos como los delitos contra el honor o la fasedad documental); MUÑOZ CONDE, Francisco, "Über den materiellen Schuldbegriff", *GA* 1978, págs. 65 y sigs. (76 y sig.); TRUTNAU, Günter, *Der Adressat von Rechtsnormen*, tesis doctoral inédita, Bochum 1983, págs. 164 y sig.; en Derecho Civil, KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, págs. 192 y sigs., 334 y sigs., 337 y sigs.

desempeñados por distintos sujetos ("el hombre en una categoría que él no cubre por completo", SIMMEL) y en este sentido, los roles poseen un carácter más abstracto que el individuo.

Todo esto arroja la siguiente pregunta: ¿Qué roles son los que se han de tener en cuenta en Derecho Penal? La respuesta reza: todos o, dicho de forma más exacta, los roles en los que se actúa; aquellos, pues, que están presentes en el momento de realizar la imputación. Y es que "cada uno tiene que desempeñar varios roles diferentes en este teatro del mundo".[41] Evidentemente, no todas las expectativas que se encuentran asociadas a un determinado rol son relevantes en todo momento para el Derecho Penal. Un ejemplo: Del rol de un médico en su consulta se espera que diagnostique correctamente, que sea puntual al recibir la visita, etc. Sin embargo, esto último es normalmente irrelevante.[42] Así pues, si hubiese que dar una definición, ésta podría ser: Las expectativas que resultan relevantes en Derecho Penal no se dirigen a que no se quebrante el rol, que en un momento determinado se está desempeñando (quebrantamientos de roles, como vemos, hay muchos más de los que obviamente pueden tener relevancia jurídico-penal), sino que se dirigen a que mediante tal quebrantamiento de un rol no se dañen esferan jurídicas ajenas (a causa de un diagnóstico equivocado se puede dañar la salud de un paciente).[43] A sensu contrario quiere decirse, pues, que sin quebrantamiento de un rol, no hay tampoco imputación penal.

---

41 Así las palabras de HEINECCIUS, Johann GOTTLIEB, *Elementa iuris naturae et gentium* (1737), trad. bajo el título *Grundlagen des Natur- und Völkerrechts* por Peter MORTZFELD, ed. por Christoph BERGFELD, Frankfurt am Main und Leipzig 1994, parágrafo 63. HEINECCIUS señala también acertado, que no se desempeña tan sólo el rol de "comerciante, artista o artesano", sino también además el de "ciudadano"; sobre este aspecto, véase a continuación en el texto.

42 Si no concurren otras circunstancias en el caso. Por ejemplo, sería relevante jurídico penalmente si la falta de puntualidad al recibir la visita se debe a motivos racistas.

43 Con esto se refutan, a mi entender, las críticas elevadas por SCHÜNEMANN, Bernd, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, — Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen 1971, págs. 15 y sigs., 17, contra la teoría de las expectativas aquí defendida. Por otro lado, la crítica de SCHÜNEMANN, *Ibidem;*

Y es que, aunque el hecho sea —hablando de nuevo con HEGEL— un hecho irracional, el autor es un ser racional (persona) y es, por ello, por lo que se le puede atribuir una pena (se le "honra" mediante la imposición de ésta).[53]

Frente a lo que se acaba de exponer, la crítica más habitual reprocha que el concepto de rol no se encontraría positivado de forma expresa en Derecho Penal y, además, que dicho concepto conocería de ciertos casos límite de difícil decisión.[54] Sin embargo, lo mismo habría que decir de conceptos como "riesgo permitido" o "prohibición de regreso", a los cuales estos mismos críticos no renuncian, de tal forma que la crítica, es, cuanto menos, inconsecuente, pues no se mantiene igual para otras categorías del delito. Por

---

MO, *ZStW* 107 (1995), cit., pág. 860; EL MISMO, *Tun und Unterlassen*, cit., pág. 31 *in fine*; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, cit., págs. 41, 47, 145 y pássim; POPITZ, Heinrich, *Der Begriff der sozialen Rolle als Element der soziologischen Theorie*, 2a. ed., Tübingen 1968, pág. 4 nota 1; STERN, Klaus, *Der Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo III/1, con la colaboración de Michael SACHS, *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München 1988, págs. 13 y sig.; HATTENHAUER, Hans, ""Person", — Zur Geschichte eines Begriffs", *JuS* 1982, págs. 405 y sigs. con más referencias bibliográficas; MÜNCH, *Theorie sozialer Systeme*, cit., págs. 47 y sig.; las reflexiones de MÜNCH pueden de todas formas ser malinterpretadas (igual que las de WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten*, cit., págs. 129 y sig.), porque él habla en vez de "individuo" de "persona", sin tener en cuenta que el concepto "persona" implica ya que se es portador de un rol. También JAKOBS, cit. (yo con él: *ADPCP* 1995, págs. 201 y sigs.), utilizó antes el par persona/ciudadano en vez del de individuo/persona, aunque lo cierto es que, materialmente, se refería a lo mismo que ahora. — La afirmación de BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, cit., pág. 242, aseverando que "no hay ningún rol que haya de ser cumplido como hombre o como miembro de una determinada sociedad" no sería, pues, correcta: Aunque es verdad que el hombre como tal —como individuo— no desempeña ningún rol, como miembro de una sociedad se ha de presuponer ya un rol, el de persona —o ciudadano—.

53 HEGEL, *Rechtsphilosophie*, cit., § 100, nota; sobre ello, JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, pág. 27 y KINDHÄUSER, *GA* 1989, pág. 501.

54 Cfr. por ejemplo las críticas de SCHÖNE, Wolfgang, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, — Zur gesetzlichen Regelung "unechter" Unterlassungsdelikte*, Köln y otras 1994, págs. 21 y sig. o SOWADA, Christoph, *Die "notwendige Teilnahme" als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht*, Berlín 1922, pág. 147.

su parte, los límites puede efectivamente que, en ocasiones, sean algo difusos, pero no así el principio básico y, por lo demás, que el Derecho no es matemática exacta es algo que debe ser asumido. En cuanto a la crítica que se refiere a que el concepto de rol no se encuentra positivado, un pensador, HANS KELSEN, que no puede ser precisamente acusado de haber olvidado el Derecho Positivo, también introdujo el concepto del rol de persona —"una construcción lograda por la ciencia jurídica"—[55] como base de su sistema.

Resumiendo se puede concluir, pues, que el principio de identificación adecuado para las expectativas del Derecho Penal es el rol, en cuya base se encuentra el concepto de persona; estos conceptos dan respuesta al problema de la coordinación de comportamientos en sociedad, por lo que se refiere a la amplitud e indentificación de las expectativas. Sin embargo, de nuevo, ni los conceptos, ni sus consecuencias, ni siquiera la terminología, tienen nada que ver en exclusiva con complicadas construcciones sistémicas, por lo que la crítica a ellos habrá de realizarse desde otros puntos de vista. El concepto de "persona" es conocido, por demás, en diversos sistemas iusfilosóficos, aunque aquí tan sólo se hayan dado algunas pinceladas referidas a HEGEL, por ser esta construcción, como vimos, "la mayor aportación de su doctrina jurídico-penal". Y por lo que se refiere al concepto "rol", el mismo encuentra ya una formulación moderna desde hace tiempo: desde algunos escritos de Georg SIMMEL.

3. *La aceptación social de las expectativas*

a) *Introducción*

Como es obvio, únicamente las expectativas que tengan aceptación social podrá formar parte del sistema normativo jurídico-penal. Cuando una expectativa ha sido aceptada socialmente, el que espera puede partir de que puede orientarse de acuerdo con ella, sin necesidad de revisar dicha acepta-

55 KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Wien 1960, págs. 176 y sigs.; cfr. también TÖNNIES, Ferdinand, *Gemeinschaft und Gesellschaft, — Grundbegriffe der reine Soziologie*, 8a. ed. (1a. de 1887), Leipzig 1935, págs. 174 y sigs., que habla expresamente del rol de persona (pág. 176); RADBRUCH, Gustav, Rechtsphilosophie, 6a. ed., preparada por Erik WOLF, Stuttgart 1963, págs. 230 y sig.

ción para el caso concreto.[56] Se trata, de nuevo, de buscar una solución al problema de la coordinación de comportamientos en sociedad, a saber, qué puede esperar alter de ego y viceversa. Esta cuestión, como a continuación se expone, no tiene nada que ver, una vez más, con abstractas construcciones sistémicas desarrolladas últimamente en la Sociología, ni con el descubrimiento de sistemas autopoiéticos, sino que hunde sus raíces en una egregia y ya conocida desde hace tiempo tradición sociológica.

En Derecho Penal, habitualmente, se trata bajo el epígrafe de la "aceptación" o no de determinadas normas, el problema del autor que actúa en conciencia.[57] Sin embargo, en las próximas reflexiones se tratará un tema más amplio —aunque en parte también afecte a aquél—, a saber, el de qué expectativas puede esperar alter de ego; y ello, en especial en el —para un sector de la doctrina, problemático— caso de la denominada comisión por omisión. En otras palabras, se trata de saber si las expectativas que se poseen pueden ser "esperadas" jurídicamente o no.

b) La aceptación social de expectativas, en los supuestos de organización

El caso más claro de aceptación social de expectativas —aunque sólo sea *interpartes*— es la asunción. Las "expectativas" se pueden "fundamentar especialmente", subrayó Max WEBER, "en que el actuante ha llegado a un acuerdo con el otro o los otros, han alcanzado un convenio, cuya observancia en el sentido que él ha expresado, da lugar a que el otro puede contar con

56 Este aspecto también ha sido subrayado acertadamente por LUHMANN, pero como a continuación veremos, el pensamiento es anterior a él; cfr., no obstante, LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, cit., pág. 122; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, cit., págs. 67 y sigs.; EL MISMO, *Soziale Welt* 20 (1969), cit., pág. 41; siguiéndole, KILLIAS, *SchwZStr* 97 (1980), cit., pág. 33. Véase también, JAKOBS, Günther, "Zur Stabilität von Konsens und zur Stabilisierung durch Konsens", en: *Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung*, ed. por H. HATTENHAUER y otros, Heidelberg 1985, págs. 23 y sigs.; BARROS, *Rechtsgeltung und Rechtsordnung*, cit., págs. 81.

57 Véase al respecto, detallado, PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Conciencia y Derecho Penal*, Granada 1994.

ello".[58] Y es que, quien él mismo ha asumido, él mismo crea las expectativas y, por ello, él mismo es también responsable de forma inmediata. Así, por ejemplo, cuando alguien se ofrece a ayudar a una persona desvalida, ello tiene como consecuencia que tanto la persona, como la sociedad misma, pueden confiar en que ella va a cuidar a esa persona y que, por tanto, no hace falta que se tomen otras medidas de ayuda.[59] "Todo interviniente en la actuación social se fía en cierta medida de que los otros intervinientes se van a comportar según los acuerdos y tiene en cuenta esta expectativa cuando orienta racionalmente sus propia actuación".[60] Se trata, con ello, de una "ampliación esencial del ámbito de expectativas, en las que el actuante va a creer poder orientar su propia actuación final racionalmente".[61]

La conocida cuestión —que se planteaba en términos polémicos— de "si el imcumplimiento de una promesa pueda convertir a alguien en homicida", ha de ser contestada, por tanto, en principio, afirmativamente. Ejemplo: Un excursionista encuentra en el bosque a un accidentado, al que promete ir a buscar ayuda. Por ello, el excursionista se queda donde está, a pesar de que él mismo, si bien con dolores y dificultades, pero de todas formas, habría

58 Max WEBER, *Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit. pág. 113.

59 Así pues, la asunción tiene, en realidad, el mismo fundamento que la injerencia; cfr. JAKOBS, *Tun und Unterlassen*, cit., págs. 22 y sig. y SEELMANN, Kurt, "Privatrechtlich begründete Garantenpflichten?", en: *Vielfalt des Rechts, — Einheit der Rechtsordnung?, Hamburger Ringvorlesung*, ed. por Karsten SCHMIDT, Berlín 1994, págs. 85 y sigs. (90); EL MISMO, "Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflicht-dogmatik", *GA* 1989, págs. 241 y sigs. (245). — Ya en sentido parecido, véase las reflexiones de BLEI, Hermann, "Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen", en: *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, ed. por Friedrich GEERDS y Wolfgang NAUCKE, Berlín 1966, págs. 119 y sigs. (122 y sigs., 142); BÖHM, Alexander, "Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung (Koreferat)", JuS 1961, págs. 177 y sigs. (180); BÄRWINKEL, *Zur Struktur der Garantenverhältnisse*, cit., págs. 121 y sigs.

60 Max WEBER, *Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., pág. 120.

61 Max WEBER, *Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., pág. 113.

logrado llegar al pueblo más cercano. Debido a que el excursionista no cumple su promesa, el accidentado muere de congelación de madrugada. El hecho debe ser calificado como un homicidio en comisión omisiva por organización (promesa). Él ha de responder de forma inmediata por el suceso, puesto que él mismo ha creado la expectativa. Ego puede esperar precisamente el comportamiento que alter espera que se espere de él o, en todo caso, que ha indicado que se puede esperar de él. El fundamento se profundizará a continuación: se presupone que cuando se organiza se va a respetar también a los demás.

Sin embargo, la doctrina tradicional pretende que aquí rijan —en la omisión— algunas particularidades. Así desde época lejana, la de FEUERBACH, se afirma por ejemplo, que la punibilidad de "un delito de omisión presupone siempre un fundamento jurídico especial",[62] con lo que, como digo, se está problematizando la aceptación de las expectativas: así, en los delitos de comisión, las expectativas de que no se van a dañar bienes jurídicos no serían problemáticas, en tanto que en los delitos de omisión habría que exigir un deber especial —un fundamento jurídico especial— en virtud del cual la víctima pueda esperar la acción omitida (posición de garante). La acción omitida no podría ser esperada sin más —no habría general aceptación—, mientras que el deber de no dañar de los delitos de comisión siempre podría ser esperado sin mayores problemas —esa expectativa siempre se podría presuponer—. Partiendo de la premisa de FEUERBACH surgiría la pregunta de por qué de un ciudadano cuya "obligación originaria (...) es tan sólo la de abstenerse"[63] se podría esperar una acción salvadora. Lo que ego podría esperar de alter es que no se inmiscuyera en su esfera jurídica (en la de nadie), pero no una acción de ayuda de un determinado bien jurídico. Esto no podría ser esperado desde un punto de vista jurídico y, por ello, la negativa a ayudar sería, en principio, impune, a no ser que, como se dijo, existiese una

62 FEUERBACH, Paul Johann Anseln, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 2a. ed., Giessen 1803, § 24; véase también CLEMENS, Otto, *Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch*, Breslau 1912, págs. 9 y sig., quien remite como precursor de la fórmula de FEUERBACH a E.C. WESTPHAL (1785).

63 FEUERBACH, *Ibid.*

especial obligación al respecto. La aceptación común de tales expectativas sería, pues, puntual y no general; su generalización, problemática.

Esta opinión que se corresponde aún con la opinión mayoritaria en la dogmática de la omisión —aunque con otra terminología—, entendemos que no puede ser compartida. Y es que, en una sociedad imbuida de los principios fundamentales del Estado de Derecho, todas las personas —en el sentido hegeliano del término— pueden partir de que los demás también se comportan como personas, esto es, que al organizar aceptan el principio sinalagmático de que al que posee libertad de organización, también le incumbe la responsabilidad por las consecuencias de su comportamiento. Sin este principio, no hay libertad, sino libertinaje. Por lo demás, aquí rige, de nuevo, lo que ya fue señalado con respecto a la noción de rol. El hecho de que se pueda discutir sobre los límites del principio que acaba de ser enunciado, no invalida su legitimidad, simplemente habrá que desarrollar en el futuro, aún más, las reglas de imputación ya existentes. Y es que, basándonos en el Estado de Derecho, la fundamentación de expectativas de actuar o, lo que es lo mismo, su generalización mediante la aceptación general como presupuesto, es perfectamente plausible. Ya Emile DURKHEIM pensaba lo mismo respecto de la institución, para él fundamental, de la división del trabajo: "(...) Muchas de las obligaciones (...) tienen origen en una elección de la voluntad. Somos nosotros los que elegimos incluso algunas de nuestras funciones domésticas. No cabe duda que, una vez que nuestra resolución ha dejado de ser interna para traducirse al exterior en consecuencias sociales, nos hallamos ligados: se nos imponen deberes que no hemos expresamente querido. [Pero] han nacido, por consiguiente, de un acto voluntario".[64]

La protesta contra su responsabilidad o contra la sanción, por parte de aquel que organiza, pero que no se quiere hacer cargo de las consecuencias de su organización mediante una actuación necesaria, es, pues, una mera

64 Emile DURKHEIM, *De la División du Travail Social*, 1893, cit. según la traducción de Carlos GARCÍA POSADA, con un estudio preliminar de Luis R. ZÚÑIGA, Madrid 1987, pág. 270.

protestatio facto contraria. Así, de nuevo MAX WEBER, ya sabía que el autor mismo también se "orienta" en la expectativas normativas vigentes, porque él ha "jugado" con esas mismas reglas de juego. O bien no se juega —como los inimputables—, o bien se soportan las consecuencias del propio comportamiento: "Una 'orientación' del actuar en un orden (...) puede también consistir en que su sentido subjetivo sea contradicho conscientemente por una persona socializada. También quien consciente y a propósito actúa en contra del sentido subjetivo del ordenamiento de un juego de cartas, esto es, juega mal, sigue siendo (...) un 'jugador' socializado, al contrario de quien deja totalmente de jugar. Igual que un 'ladrón' o un 'homicida' se orientan, en realidad, en los órdenes que contradicen a propósito subjetivamente, como lo demuestra el hecho de que traten de ocultar su persona o su actuación".[65]

En suma, no sólo pueden esperarse las —aludidas al comienzo— expectativas que el propio autor ha creado por asunción, sino también una expectativa general de que toda persona mantendrá su ámbito de organización inocuo frente a los demás, por el hecho de ser persona —él y los demás—. Una responsabilidad del injerente se puede, pues, fundamentar también fácilmente. En efecto, "el sentido posible (...) de la actuación común no se agota (...) en la orientación especial en las 'expectativas' de 'actuación' de terceros", esto es, en los ya mencionados casos de asunción, sino que se extiende objetivamente —como acabamos de ver— a las expectativas que, si bien es cierto que no fueron creadas mediante asunción, pero los participantes en la interacción "según un aplicable juicio común de las posibilidades de autocomportamiento humano, pueden alimentar positivamente (...)",[66] porque el "jugador" no ha dejado totalmente de jugar. Y es que, "un comportamiento orientado *exclusivamente* para todos los partícipes sólo en las 'expectativas' del comportamiento *de los otros* [asunción],[67] sería en realidad el

65 Max WEBER, *Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., pág. 115; EL MISMO, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., pág. 16 (punto 3).

66 Max WEBER, Kategorien der verstehenden Soziologie, cit., págs. 113 y 115.

67 Max WEBER habla en los supuestos de "asunción" de "actuación orientada en expectativas", en tanto que en los demás de "actuación orientada en valores" (véase, por ejem-

caso límite de la mera 'actuación común' y significaría la más absoluta fragilidad también de esa misma expectativa".[68] Las expectativas pueden originarse, en definitiva, no sólo "subjetivamente" entre los partner de la interacción —como en el caso de la asunción—, sino que también pueden originarse en la orientación misma, "por parte del sujeto conocedor (investigador) objetivamente, teniendo en cuenta los conocimientos probables y opiniones generales de los intervinientes respecto del cálculo de posibilidades".[69]

La forma más sencilla de aceptación de expectativas es, pues, la asunción —el afectado y la sociedad en general pueden confiar en la expectativa creada directamente por un sujeto concreto—. Pero la institucionalización no se agota en este tipo de generalización. Por contra, de cualquier tipo de organización se derivan ya, *per se*, ciertas expectativas que pueden resumirse en el principio de no dañar a los demás —*neminem laedere*—. Estas expectativas de no dañar se extienden no sólo a omisiones —de dañar—, sino a acciones que eviten daños que puedan derivarse de la propia organización. Esto se puede esperar precisamente porque estamos ante una interacción entre personas. Si no se desea que tal conducta sea esperada de nosotros por los demás, ya lo dijo MAX WEBER, habrá que dejar "totalmente de jugar", pero no, simplemente, "jugar mal".

c) La aceptación social de expectativas, sin organización

Sin embargo, no todos los casos se encuentran cubiertos por la construcción teórica de la generalización o aceptación social que acaba de ser presentada, sino que existen casos en los que la generalización social de las expectativas

---

plo, Max WEBER, *Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., págs. 113 y pássim). Ésta, en realidad, no es sino una mera diferenciación terminológica, pues en ambos supuestos se trata de orientación en expectativas, si bien es cierto que los casos de asunción son los más claros (cfr., ibid., pág. 118) y por ello son nombrados por Max WEBER como "actuación orientada en expectativas".

68 Max WEBER, *Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., pág. 118.

69 Max WEBER, *Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., págs. 115 y sig.

no se produce de esta manera. En efecto, puede ser que el sujeto no haya organizado nada, por lo que las expectativas no podrán inferirse de su organización anterior. Pero, una vez más, también estos casos fueron percibidos por Max WEBER. Se trata de los supuestos en que "alguien 'sin su actuación' participa y permanece en una comunidad de acuerdo". Esto sucede, aclara WEBER, "en una actuación-acuerdo sin forma —por ejemplo, el 'habla'—, que es algo que no necesita mayor explicación". Como otros ejemplos menciona —de forma correcta— "la comunidad doméstica" y "el Estado".[70]

En realidad la problemática ya la apuntamos anteriormente al hablar de los roles atribuidos que, como se dijo, son aquellos que se asignan al portador del rol, en principio, con independencia de su comportamiento (por contraposición a los roles adquiridos en los que sí existe una organización). Dice Max WEBER acertado: "Cada cual es conducido normalmente a participar en el actuar social y, por tanto, a estar coafectado por aquellas expectativas de ordenamientos creados por hombres sin que él haya tenido nada que ver (...). Cuando se dan determinados hechos objetivos en una persona, se espera de ésta su participación en la actuación comunitaria, especialmente, pues, la orientación de su actuación en los ordenamientos". Y señala, por último, respecto de estos casos: "Los supuestos de hecho, en los que (una) expectativa se vincula con un caso importante especial: la comunidad política, son por ejemplo, sobre todo: la descendencia de una determinada persona o el nacimiento o, incluso, bajo determinadas circunstancias, la simple estancia o la realización de determinadas acciones dentro de un territorio concreto. La forma normal de entrada de cada uno en la comunidad es, pues, que se 'es nacido dentro' o se 'es educado dentro'". En estos casos, se trataría, por tanto, de una "imputación con causa en supuestos de hecho totalmente objetivos, independientes de cualquier manifestación de aquel a quien se imputa", pero en todo caso, de nuevo, de la imputación con base en la defraudación de determinadas expectativas, esta vez, impuestas. Basta

70 Esta y próximas citas: Max WEBER, *Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., págs. 140 y sigs. En el marco de estas expectativas diferencia Max WEBER entre "institución" y "asociación", lo que de todas formas no es relevante para esta investigación.

pensar aquí en la responsabilidad de los padres respecto de los bienes jurídicos de sus hijos, en las obligaciones, incluso con consecuencias penales, de los funcionarios, etc.

IV. RESUMEN FINAL

Hemos visto cómo todos y cada uno de los conceptos referidos a las expectativas sociales en relación con el Derecho Penal, gozan de una longeva y egregia tradición en la Sociología y la Filosofía del Derecho. En especial Max WEBER, pero también SIMMEL y, en parte GEIGER, LEWIS, el "estado natural" de HOBBES o el concepto de pena y de persona de HEGEL —aunque aquí no se ha deseado profundizar en su sistema—, son nombres y conceptos que aclaran ya desde hace tiempo problemas que también vienen de lejos. Como tarde, desde que el hombre paso a formar parte de sociedades o grupos de una forma anónima. Así las cosas, hemos confirmado nuestras suposiciones de la Introducción. Dados los malentendidos a que han dado lugar en el sistema de JAKOBS las referencias a LUHMANN, y dado que este último, al menos en los conceptos que JAKOBS asume, no hace sino recoger y hacer hueco en su propia construcción sistémica, a conceptos y reflexiones ya conocidos en la Sociología y en la Iusfilosofía, no puede extrañar el distanciamiento de JAKOBS respecto de LUHMANN, al que se hizo referencia al comienzo de este estudio.

En otro orden de cosas —más de fondo—, ha quedado demostrado que si el hombre busca una forma de orientarse en una sociedad en la que actúa de forma anónima, no tiene más remedio que confiar en un sistema normativo, consistente en un conjunto de expectativas garantizadas. A la luz del dilema de los presos vimos que esto era así. Las expectativas que el Derecho Penal protege han de ser, en primer lugar, resistentes a las defraudaciones, lográndose esto mediante su estabilización en virtud de la imposición de una pena al defraudador. Así lo supo ya HEGEL cuando señalaba que la pena es la negación de la negación que supone el delito, para que no perviva en el mundo ese delito cometido. Por otra parte, las expectativas han de ser lo suficientemente amplias para poder orientar. Esto se alcanza identifican-

do la misma, no con y para un caso concreto, sino con algo que una a todos los sujetos de la interacción. El principio de identificación general es el rol, siendo el concepto de persona, el rol mínimo con el que se interacciona en sociedad. La identificación de expectativas con roles o, como mínimo, con el rol persona, facilita, una vez más, la orientación en sociedad. Por último, las expectativas habrán de gozar de aceptación, si es que han de formar parte del sistema normativo jurídico-penal. Una primera aceptación se infiere ya del actual Estado de Derecho: según éste, todo sujeto puede esperar que va a ser respetado en su esfera jurídica por las demás personas, cuando esas personas —en sentido HEGELIANO del término— organicen y, en verdad, este respeto consistirá en una omisión de dañar y, en ocasiones —cada vez más frecuentes en nuestra sociedad postindustrial—, en un actuar. Como otras muchas afirmaciones de este estudio, así también lo señaló Max WEBER. Como también dejo dicho que, en otras ocasiones, en cambio, este poder esperar no se basa en un comportamiento previo del sujeto, sino en que él ha sido —mediante la atribución de un determinado rol— incluido en una determinada institución.

En definitiva, que no es que el hecho criminal defraude las expectativas colectivas porque sea criminal, sino que es criminal, precisamente, porque defrauda las expectativas colectivas garantizadas penalmente.[71] La opi-

71 Con ello parafraseo a Emile DURKHEIM cuando decía: "(...) no hay que decir que un acto hiere la conciencia común porque es criminal, sino que es criminal porque hiere la conciencia común" (De la División du Travail Social, cit., pág. 96); sobre él, cfr.: GEPHART, Werner, *Strafe und Verbrechen, - Die Theorie Emile Durkheims*, Opladen 1990, págs. 35 y sigs., 56 y sig.; cfr. también, EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, cit., págs. 56, 336. En sentido parecido se comportan las —por él denominadas— "normas de cultura" de M. E. MAYER: "(...) no hay ningún comportamiento que el Estado prohíba, sin que la cultura ya antes que él lo haya prohibido" (*Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau 1903, pág. 20); "las normas jurídicas son precisiones de normas de cultura" (Ibídem, pág. 34; véase también págs. 23, 25 y pássim); respecto de las precisiones que posteriormente realizó Mayer de estos conceptos, véase —si bien en un tono crítico—, SCHREIBER, Hans-Ludwig, *Der Begriff der Rechtspflicht, Quellenstudien zu seiner Geschichte*, Berlín 1966, págs. 115 y sigs., 117 y TRUTNAU, *Der Adressat von Rechtsnormen*, cit., págs. 82 y sig.

nión contraria, según la cual, las estructuras sociales no influirían necesariamente, *per se*, en el ámbito del Derecho, sino que dichas estructuras sólo serían relevantes cuando el legislador excepcionalmente las haya tomado en cuenta institucionalizándolas jurídicamente,[72] olvida, que *las estructuras sociales y el ámbito del Derecho Penal*, exceptuando tiempos revolucionarios, *se solapan como situación normal, si es que el Derecho Penal quiere servir a la sociedad.* Pero el tratamiento de estos otros casos límite revolucionarios en los que, por expresarlo, una vez más, en palabras de Max WEBER —en el ejemplo ya visto—, "de todas formas todos los jugadores de cartas 'saben' recíprocamente que las reglas que se habían acordado no son respetadas en absoluto",[73] superaría, de todas formas, los límites que nos habíamos marcado en este trabajo.

72 Así, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, cit., págs. 134 y sig., en su crítica a —lo que él cree— "estimación exagerada de Bärwinkel del método sociológico".

73 Max WEBER, *Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., págs. 116 y sig.

Las categorías simbólicas en el pensamiento sistémico y penológico de Günther Jakobs

Myriam Herrera Moreno

Sumario: I. El secular desprestigio del pensamiento simbólico; II. ¿Utilidades simbólicas en el sistema jurídico-penal?; III. Simbolismo normativo en la versión sistémica de Jakobs; IV. La teorías sociológicas de Luhmann como fuente de categorías simbólicas; V. El paradigma de la complejidad; VI. El sistema social y su autorreferencialidad; VII. El funcionalismo penal sistémico: su entendimiento de la autorreferencialidad; VIII. La comunicación sistémica; IX El sistema jurídico-penal: Derecho Penal garantizador de expectativas frente a Derecho Penal protector de bienes. X. Transgresión y pena: expresión simbólica en la teoría de la prevención general positiva: A) El infractor; B) Víctima y sociedad; C) La pena: *1. Planteamiento; 2. Comunicación y lenguaje punitivo; 3. La función manifiesta de la pena en sus diferentes formulaciones: a) La pena confirma ante la sociedad la vigencia de la norma; b) La pena revalida la identidad normativa de la sociedad; c) La pena ope ra la estabilización de expectativas jurídicas; d) Pena integradora frente a pena retributiva; 4. Funciones latentes de la pena. La pena como aprendizaje. Fidelidad al Derecho y marginalización social del acto delictivo.* XI. Excurso. La prevención general positiva ante el uso corruptor del símbolo.

I. El secular desprestigio del pensamiento simbólico

Este estudio se dispone a abordar una revisión de las múltiples categorías simbólicas que pueblan el pensamiento *jakobsiano* en torno a la pena y su sentido en el sistema. Hay que admitir, pues, de partida, que dicho pensamiento se nutre abundantemente de símbolos, y que en este recurso simbolista halla la mayor fuente de críticas.

La forma simbólica, por su condición versátil, su virtud altamente expresiva, su carácter reforzador de los aspectos que patrocina, suele ser aplicada generosamente en numerosos ámbitos humanísticos. Son éstos campos culturales en los parece tolerarse que verismo y materialidad se sacrifiquen, sin grandes renuencias, en aras del intenso valor paradigmático, convencional y enfático del símbolo, que no plasma una realidad, sino invoca un significado trascendente. Se predica, así, de este modo, como función del símbolo la de abrir la experiencia y transmutarla en una comprensión metafísica del mundo.[1]

Existe entre los ámbitos humanísticos y científico-naturales un artificial reparto de competencias, en base al cual la cultura es estudiada por Ciencias que se producen a través de expresiones lingüísticas, en tanto el estudio de los fenómenos naturales se manifiesta a través de expresiones matemáticas El lenguaje es socializador, cultural, pero sujeto a imprecisiones. Las matemáticas son deshumanizadas, pero estables e infalibles.[2]

De esta forzada escisión surgen sendos complejos de inferioridad: las Ciencias Culturales se avergüenzan de su expresión simbólica. En la Dogmática, ello coincide con el momento de escrúpulo en el que, abjurando de un conceptualismo alienante, que eleva a ícono el pensamiento abstracto, se proclama la necesidad de materializarse, de asomarse a las consecuencias, de saciarse de las estadísticas.[3] Esta mala conciencia sólo conduce a buenos resultados si, a fuerza de precisión, nos guardamos de dar por supuesto el

1 *Vid.* Mircea ELIADE, *The sacred and the profane. The nature of religion. The significance of religious myth, symbolism and ritual within life and culture,* New York, 1961, pág. 211.

2 SNOW, C.P., *The Two Cultures and the Scientific Revolution*, New York, 1971, *cit.* en HIMMELFARB, Gertrude, *Matrimonio y moral en la época victoriana y otros ensayos*, Madrid, 1991, págs. 97 y sigs.

3 Así, por todos, ROXIN, referencial postulante del empiricismo, que abre a la Dogmática Penal a lo concreto, al mundo de las realidades. *Vid.* Claus ROXIN, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Barcelona, 1972, págs. 56 y sigs.

valor de certeza de muchas formulaciones de las Ciencias Empíricas, indiscutiblemente simbólicas.[4]

La Ciencias Naturales, por su parte, gozan, especialmente, del prestigio de la supuesta capacidad de representación material, por más que, sin embargo, ése sea su lote particular en una división que le despoja, injustamente, de sus más representativos valores de cultura.[5]

En el campo de la Dogmática, el proceso racionalizador, que Jakobs fecha en el movimiento ilustrado, implica el desmantelamiento del mito y el progresivo declive del lenguaje simbólico. La desmitificación ilustrada vacía, así, el mundo de todo sentido inmanente. Sin embargo, no por ello está garantizado siempre un mayor aporte de veracidad o certeza: sobre un mismo dato fáctico, evidencia Jakobs, caben múltiples interpretaciones.[6]

La Dogmática Penal (que se halla fuertemente imbuida en la idea de su carácter y método científico, por cuyo reconocimiento tanto ha luchado, históricamente) no duda en sumarse a la extrema interdicción de lo simbólico. Pero, en puridad, el símbolo no es privativo del pensamiento mágico y no científico. El hombre moderno, el lógico y el profano, retienen un largo repertorio de mitos camuflados, que aplican para complementar y potenciar las elaboraciones del pensamiento racional.

---

4 Pensemos, por ejemplo, en la escuela *lombrosiana*, que retuvo durante décadas un amplio prestigio científico, acrisolado, sin embargo, sobre la formulación del arquetípico "criminal nato", pura recreación simbólica, casi infantil, en su simplicidad, de la maldad en estado puro. *Vid.* Antonio García-Pablos de Molina, *Derecho Penal, Introducción*, Madrid, 2000, pág. 441.

5 Es la esencia de la denuncia de Snow cuando, en su clásico ensayo *Las dos culturas*, condena el abismo entre ciencia y humanismo. La ignorancia de la segunda ley de la termodinámica equivale, en términos culturales, a no haber leído nunca una obra de Shakespeare. *Vid.* C.P. Snow, *The Two Cultures and the Scientific Revolution*, New York, 1971.

6 Jakobs, Günther, "Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma", *Revista del Poder Judicial*, núm. 49, 1998, pág. 49.

Pues he aquí, después de todo, el valor del símbolo: su sentido mediador entre lo cognoscible y lo incognoscible, su virtualidad como enlace entre lo mediato y lo infinito, entre lo que puede abordarse por la razón y los sentidos y lo inefable e inasequible, o, en los términos de Mircea ELIADE, el nexo entre lo sagrado y lo profano.[7] La incapacidad de comprender o explicar abre, en el ser humano, una crisis. Esta situación de desconcierto, desconfianza y frustración cognoscitiva es reconducida a través del recurso simbólico. La importancia del símbolo reside, muy especialmente, en su valor emblemático y convencional, como enunciado al que el consenso general aporta un énfasis especial, una reforzada expresividad.[8]

Y, desde luego, ello sirve igualmente a los científicos, quienes se expresan por paradigmas, fórmulas, signos y convenciones que intentan zanjar, por la resolución abstracta y simbólica, la imposibilidad de encapsular lo complejo.[9] Hemos de contar con ello cuando afirmamos los presupuestos científicos de la Dogmática Penal, de tal manera que pongamos en cuarentena la recepción de conceptos naturalistas y empíricos, supuestamente articulados a través de una metódica estrictamente científica, pero acaso paradójicamente inficionados del mismo sentido simbólico del cual se huía.[10]

---

7 ELIADE, Mircea, *The sacred and the profane. The nature of religion. The significance of religious myth, symbolism and ritual within life and culture,* New York, 1961.

8 Hasta el punto de que, soslayando la implicación negativa de toda invocación al simbolismo, en el plano jurídico penal, se haya propuesto la noción de "efectos expresivo-integradores" en lugar de "efectos simbólicos". *Vid.* José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, "El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena", *Actualidad penal*, núm. 1, 1 al 7 de enero de 2001, págs. 1 y sigs.

9 Así, el científico que signa el valor de *infinito*, le atribuye una expresión simbólica, y a continuación efectúa minuciosos cálculos contando con esa extraña magnitud. O el que intenta representar la envolvente configuración medio-ambiental través de la figura de *Gaya*.

10 Sólo entendiendo esto, podemos captar el incuestionable valor científico de la Dogmática Penal. Su evidente inexactitud, sus ocasionales abstracciones son a veces inevitables, debidas a la mutabilidad y polisemia presente en el objeto científico, pero no desautorizan el sentido de validez general de sus postulados. En efecto, no es la

II. ¿UTILIDADES SIMBÓLICAS EN EL SISTEMA JURÍDICO-PENAL?

Pese a este prejuicio general frente al simbolismo manifiesto, frecuente en la Ciencia jurídico-penal, contamos con algunos intentos científicos de poner en evidencia el potencial emblemático de las expresiones penales.

Así, se ha señalado con brillantez el elevado valor reforzador del Derecho Penal simbólico, desprestigiado por las críticas pero no condenable en su totalidad, ya que, en cierto sentido, los efectos simbólicos pueden estimarse al servicio de la tutela de bienes jurídicos.[11]

Y, de este modo, se ha dado en admitir un simbolismo penalmente positivo cuando subraya determinadas exigencias del mensaje penal. Entre los usos beneficiosos que se ha predicado del símbolo en Derecho Penal, citaremos el del refuerzo emotivo de la desvaloración del bien jurídico, por la advertencia penal: de este modo, la sociedad, se dice, tomará en serio la comunicación penal.[12]

Así, según se aduce, se da fuerza al juicio de desvalor, a través del refuerzo simbólico de la desaprobación, que hace homogéneo el contenido de las normas penales. Pero ello sale al paso de la representación más específica de la real dimensión lesiva, a través de la reacción que se adopta. Una

---

aptitud del método jurídico, para erradicar todo postulado puramente especulativo o abstracto, lo que valida a la Dogmática como Ciencia, pues, como afirma GIMBERNAT, también la Astrología puede ser metódica. *Vid.* Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la Ciencia del Derecho Penal*, Madrid, 1999, págs. 108 y sigs.

11 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena", en *Actualidad penal*, No. 1, Madrid, 1 al 7 de enero de 2001, págs. 5 y sigs. *Cfr.*, asimismo, José Ramón SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*, Presentación y anotaciones de Derecho Penal peruano por Dino Carlos CARO CORIA, Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999, págs. 15 y sigs.

12 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General, la teorías de la pena y de la Ley Penal (Introducción teórico-política a sus problemas básicos)*, 3a. edic., Valencia, 1993, pág. 91.

diversificación del arsenal punitivo permitiría adecuar el refuerzo expresivo a las características de cada delito.[13]

También se ha dicho que la expresividad simbólica es positiva cuando se vuelca hacia el énfasis, no del contenido substantivo de la norma penal, sino de su valor denotativo de la forma correcta y socialmente adecuada de resolver, formalizadamente, los conflictos sociales. La norma penal, que se formula por un procedimiento legal especialmente cualificado, y que se flanquea con la sanción de la pena, tiene el sentido simbólico de expresar que está ahí, en dicha posición de preeminencia, precisamente para ser aplicada, y que nadie podrá optar por vías de hecho.[14]

Así, se ha dado por válida la expresión simbólica, pedagógico-cultural, de la norma penal respecto de su contenido valorativo-garantista. La norma penal está enunciando valorativamente un "rol ilustrado" respecto de los instintos irracionales que se generan en la sociedad frente al delito, es decir, incorpora un símbolo cultural en fomento de la elección de una opción formalizada de solventación de conflictos.[15]

Como hemos observado, en este somero repaso, no cabe repudiar *per se* cualquier aplicación simbólica a referencias jurídico-penales. A tal respecto, nadie como Günther JAKOBS ha hecho un uso tan copioso e intensivo del arsenal simbólico a la hora de abordar el sentido del Derecho Penal. Sin embargo, la vehemencia con la que este autor se ha aferrado al *símbolo normativo* ha impedido, en frecuentes ocasiones, que sus planteamientos pue-

13 *Vid.* comentarios sobre esta doctrina, en PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Prólogos de la Profesora Adela ASÚA BATARRITA y del Profesor Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Granada, 1999, págs. 329 y sigs.

14 MORALES PRATS, Fermín, "Función y contenido esencial de la norma penal: Bases para una teoría dualista o bidimensional", en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, obra coordinada por Gonzalo QUINTERO OLIVARES y Fermín MORALES PRATS, Pamplona, 2001, pág. 559.

15 MORALES PRATS, Fermín, *o.u.c.*, pág. 559.

Roles en la sociedad hay, como ya se ha dicho, muchos y de muy diverso tipo. Pero hay un rol que, como mínimo, siempre se desempeña. Se trata del rol de persona. Como HEGEL enseñó en su Filosofía del Derecho, la imputación se dirige a personas.[44] La trascendencia de este aspecto ha sido resaltada correctamente por FLECHTHEIM: "La mayor aportación de su doctrina jurídico-penal [de Hegel] reside en haber fundado para el Derecho Penal, lo que en Derecho Civil ya habían aportado la ciencia jurídica y la praxis del Derecho Romano. Desde los días del pretor romano, el hombre desaparece en cuanto él hace aparición como persona, cubierto totalmente bajo el ropaje jurídico. Hegel es el primero que intenta poner al hombre, también como delincuente, una máscara de carácter jurídico".[45] Y es que señala HEGEL como primera premisa: "Lo que aquí [en el Derecho abstracto] resulta esencial, es que yo tengo ante todo capacidad jurídica, que yo soy persona".[46] El manda-

págs. 133 y sigs. a la noción de rol según BÄRWINKEL no afecta a las tesis aquí defendidas: un quebranto del rol (por ejemplo, del delincuente frente a sus cómplices) no es suficiente; según lo dicho, además del quebranto, deben dañarse esferas jurídicas.

44 Cfr. aquí y en lo siguiente: LARENZ, Karl, "Hegels Dialektik des Willens und das Problem der juristischen Persönlichkeit", en: *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, tomo XX (1931), págs. 196 y sigs. (209 y sigs., 218, 231 y sigs.); EL MISMO, "Hegel und das Privatrecht", en: *Verhandlungen des zweiten Hegelkongresses vom 18. bis 21. Oktober 1931 en Berlín*, ed. por B. WIGERSMA, Tübingen 1932, págs. 135 y sigs. (138 y sig.); BARTUSCHAT, Wolfgang, "Zum Status des abstrakten Rechts in Hegels Rechtsphilosophie", *ZphF* 41 (1987), págs. 19 y sigs. (30 y sigs.); BUSSE, Martin, en: BINDER, Julius/BUSSE, Martin/LARENZ, Karl, *Einführung in Hegels Rechtsphilosophie*, Berlín 1931, págs. 50 y sigs.; SCHABER, Peter, *Recht als Sittlichkeit, — Eine Untersuchung zu den Grundbegriffen der Hegelschen Rechtsphilosophie*, Würzburg 1989, págs. 48 y sigs.; KALTENBACHER, Wolfgang, *Freiheitsdialektik und Intersubjektivität in Hegels Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main 1994, págs. 35 y sig.; HARTMANN, Nicolai, *Die Philosophie des deutschen Idealismus*, tomo 2o., Berlín y Leipzig 1929, pág. 317.

45 FLECHTHEIM, Ossip K., *Hegels Strafrechtstheorie*, 2a. ed., Berlín 1975; véase también, EL MISMO, "Die Funktion der Strafe in der Rechtstheorie Hegels", en: EL MISMO, *Von Hegel zu Kelsen, — Rechtstheoretische Aufsätze*, Berlín 1963, págs. 9 y sigs.

46 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Philosophie des Rechts nach der Vorlessungsnachschrift K. G. v. Griesheims 1822/23*, ed. por ILTING, tomo IV, Stuttgart 1974, pág. 175, números marginales 21 y sig.

to jurídico "sé una persona"[47] obliga a superar toda individualidad. Los otros no son "respetados" en su carácter de individuos, sino precisamente en su carácter de personas.[48] Se trata, pues, del concepto "persona" como concepto fundamental del "Derecho abstracto" o, lo que es lo mismo, en la evitación de conflictos en toda interacción humana. La persona es la superación de toda especialidad; ella posibilita, pues, contactos anónimos. El individuo, al ser trasformado en persona, es "aprehendido como persona *universal* (...), en la cual *todos* somos idénticos".[49] El individuo se convierte en persona de una forma dialéctica, por cuanto su singularidad se ve superada por un concepto que él contiene, el de persona. La persona no es sólo un sujeto individual, sino un sujeto universal. De otra forma no sería posible la comunicación social; las expectativas serían defraudadas con demasiada frecuencia. Algo distinto ocurre cuando el principio de identificación es la persona: "En la personalidad las diversas personas son iguales —si es que se puede hablar de varias allí donde no tiene lugar tal diferenciación—. Ésta es, sin embargo, una frase tautológica vacía; en efecto, la persona, como algo abstracto que es, es precisamente algo que todavía no ha sido particularizado, ni establecido en determinadas leyes diferentes".[50] El sujeto "persona" es el que es portador de capacidad jurídica; el individuo, en cambio, puede que no. "La personalidad es lo que contiene la capacidad jurídica", nos dice HEGEL.[51]

Puesto que toda imputación, en sentido amplio, presupone capacidad de culpabilidad, el sujeto penal desempeña, como vemos, al menos, el rol de persona. Ego espera de alter que respete su vida, no como individuo, sino como persona, en el rol de alguien que cumple el mínimo de toda interacción.[52]

47 HEGEL, *Rechtsphilosophie*, cit., § 36.

48 HEGEL, *Rechtsphilosophie*, cit., § 36.

49 HEGEL, *Rechtsphilosophie*, cit., § 209.

50 HEGEL, *Rechtsphilosophie*, cit., § 49.

51 HEGEL, *Rechtsphilosophie*, cit., § 36.

52 Sobre el concepto de persona, en este sentido véase, además: JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., págs. 33 y sigs., 38 y sigs., y también 42 y sigs., 115 y sigs.; EL MISMO, *Handlungsbegriff*, cit., pág. 39; EL MISMO, *ZStW* 97 (1985), cit., pág. 755; EL MISMO,

dan ser valorados ponderadamente, más allá de los clásicos prejuicios científicos frente al lenguaje simbólico.

¿Es hoy tan inútil e inferaz el *lenguaje simbólico* en términos intelectuales y científicos? Su abstracción parece *a priori* excluirlo como fuente de descubrimiento científico. Veamos hasta qué punto puede ser errado ese prejuicio.

Tomemos por ejemplo el complejísimo personaje de *Edipo*. Constituye esta figura la encarnación del ser humano penado sin culpa, castigado por su personal destino, o, como manifiesta el propio JAKOBS, un ejemplo mítico de pura responsabilidad objetiva por el resultado.[16] Su base empírica, su conexión con una realidad histórica subyacente no puede haberse debilitado más. Pues, lo que este mito incorpora, en un remotísimo substrato fáctico, es la plasmación simbólica de un episodio de hecho, frecuente en las antiguas monarquías, y, desde luego, subjetivamente reprochable: la traición y la insurgencia del hijo/yerno heredero frente al soberano.[17] Sin embargo, la más documentada crónica de estos acontecimientos, el más premioso estudio estadístico acerca de los mismos, no hubiera sido nunca tan útil al mundo de la cultura y las ciencias como lo ha sido el universal símbolo edípico.

Es posible que las categorías simbólicas, en el pensamiento de JAKOBS, no sean más que un palidísimo reflejo de las realidades activadas por el

16 Un emblema que el autor esgrime directamente, sobre el propio relato edípico, así como sobre otras variantes literarias de la misma perspectiva, todas ellas, para JAKOBS, portadoras del sentido de responsabilidad por el mero resultado. *Vid.* Günther JAKOBS, "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 *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, 3a. época, núm. 49, primer trimestre, Madrid, 1998, págs. 297 y sigs., 301 y sigs.; asimismo, "Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik" ("La idea de la normativización en la Dogmática jurídico-penal", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, manuscrito, 2002, pág. 10).

17 *Vid.* Vladimir PROPP, *Edipo a la luz del folklore. Cuatro estudios de etnografía histórico estructural*, Madrid, 1980, págs. 89-140.

conflicto criminal.[18] Pero sus controvertidas construcciones vienen siendo a la moderna Dogmática Penal lo que la figura de Edipo al mundo de la cultura, las artes y las ciencias: un poderoso dinamizador intelectual, una riquísima fuente de sugerencias, una invitación al estímulo, la reflexión y la divergencia, que casi ningún penalista contemporáneo ha declinado aceptar. Y es indudable que la originalísima reversión de la sistemática del Derecho Penal, así como los avances en la normativización de los conceptos penales,[19] son logros científicos que tienen origen inequívoco en esta paladina *apertura al simbolismo* por parte de JAKOBS.[20] Por ello, en el presente estudio, abordaremos las principales categorías acuñadas por JAKOBS, en su visión sistémica y autopoiética del orden normativo, así como en su teorización sobre la pena.

III. SIMBOLISMO NORMATIVO EN LA VERSIÓN SISTÉMICA DE JAKOBS

Ante el vacío racional, se alza el símbolo, vínculo entre lo cognoscible y lo ininteligible. Éste queda sacralizado por el consenso general, siendo así que

18 *Vid.* Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción,* Madrid, 2000, pág. 148.

19 En esencia, los principales logros que cabe apuntar al pensamiento de JAKOBS en la construcción de la dogmática penal. *Vid.*, al respecto, Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal,* 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, págs. 204 y sigs.; y Miguel POLAINO NAVARRETE, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001, págs. 11 y sigs., 28 y sigs., 197 y sigs.

20 Aciertos que hacen viable que lo científico, sistemático y racional se desarrolle, sin embargo, a partir de una visión simbólica de más amplia proyección. No es en absoluto causal que desde la Poética se hayan podido formular (tempranamente) ideaciones que son inmediatamente funcionalistas: "Toda sociedad está dividida en diversas esferas. En cada una de ellas rige un sistema de reglas y prohibiciones que no son aplicables a otras. La legislación relativa a la herencia no tiene función en el Derecho Penal, aunque sí la tuviera en otras épocas..." (Octavio PAZ: *El arco y la lira*).

la representatividad del símbolo se alcanza a través de su capacidad de generar consenso acerca de su particular explicación. Se trata de una cuestión de confianza, no de razón, pero eso no hace que el respaldo sea arbitrario: existen concretas condiciones bio-psico-sociales en la base de la compenetración de la comunidad con el particular contenido del símbolo.[21]

A nivel dogmático, y aun epistemológico, la idea de norma-símbolo implica una superación del nihilismo o escepticismo con que el autor contempla la relatividad del ser y los valores.[22] Como el escurridizo plano ontológico le produce inseguridad, el autor ha anclado sus teorías en el plano normativo, que se antoja más fiable, en tanto símbolo está legitimado por el consenso.

La expresión simbólica de la norma penal, flanqueada por la pena, que fomenta el consenso y sanciona el disenso,[23] reúne a la sociedad en torno al modelo normativo. Las cuestiones de legitimación o fundamentación se transfieren paladinamente a un plano meta-penal, sea político, ético-social o filosófico. JAKOBS, en su célebre ejercicio de dejación epistemológica, se atiene al plano de la legitimidad normativa, al símbolo jurídico consensuado y convencional.

---

21 La doctrina destaca, frecuentemente, el profundo escepticismo y relativismo de este penalista. *Vid.* Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, "Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, enero de 2000, pág. 99; Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal,* Valencia 1996, pág. 451. Quizá no se haya destacado tanto que la teoría de JAKOBS no es un ejemplo particular del desencanto, sino en buena medida una versión personalizada del abierto descreimiento social, institucional y científico en torno a la esencia del Derecho Penal y la legitimación de la pena.

22 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, enero de 2000, pág. 99.

23 Si se interpreta la función punitiva como "función social de conseguir el consenso". *Vid.* Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pág. 228.

Esta serena visión pierde conexión con el momento actual de tendencias y percepciones sociales fluctuantes, de vertiginosas reformas y contrarreformas legales, las valoraciones penales de lo correcto e incorrecto no siempre portan inequívocamente un sentido pacífico de acuerdo social, más que en su huera expresión externa. Como podremos observar, si una exclusiva fuerza simbólica del Derecho Penal no puede *per se*, aisladamente, cohesionar a una sociedad,[24] menos lo hará cuando esta misma sociedad perciba críticamente la actual función del Derecho Penal.

JAKOBS aspira a superar la crisis valorativa de un modo vehemente y desesperado, no tan carente de utopía como el propio penalista supone. En contra de las opiniones que tildan sus planteamientos de medrosos, conformistas o escapistas, el jugárselo todo a la carta, el recurso a la abstracción no deja de ser un ejercicio sincero y dramático: el imposible empeño de un escéptico que predica la observancia del "culto" normativo a una sociedad, igualmente minada por la desconfianza. Se trata de un intento poco airoso, en tanto incurre en una contorsión circular, que la doctrina[25] no deja de reprocharle. Pero, por descontado, ha resultado incomparablemente más fe-

---

24 *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *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, pág. 213.

25 *Vid.* una reseña de los principales reproches doctrinales a esta teoría, en Miguel POLAINO NAVARRETE, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001, págs. 120 y sigs.; Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, 2a. ed., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, págs. 148-50; Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001, págs. 164 y sigs.; Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, con la colaboración de Fermín MORALES PRATS y José Miguel PRATS CANUT, 2a. ed. revisada y puesta al día, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 131; Bernd SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios núm. 7, Bogotá, 1996, págs. 46 y sigs.

cundo, y no menos circular, que otros,[26] acaso socialmente más balsámicos, pero tanto más *correctos políticamente cuanto dogmáticamente vacíos.*[27]

IV. Las teorías sociológicas de Luhmann como fuente de categorías simbólicas

Como hemos apuntado, las teorías sistémicas se apropian de las expresiones simbólicas con una imperturbabilidad que es casi, diríamos, retadora.[28] El manejo del símbolo conecta, precisamente, con el discurso sociológico de

---

26 Por ejemplo, el llamado el "funcionalismo teleológico" gana su marchamo de "moderado", aunque sea a costa de contradicciones científicas que lo desvigorizan. Así, admite Roxin que Jakobs llega a conclusiones muy semejantes a las que él mismo llega. Al fin y al cabo, Jakobs vertebra sus soluciones sobre la obligatoriedad sistémica de la Constitución, no por el contenido de los valores, sino por su sentido funcional en el sistema. *Vid.* Claus Roxin, *La evolución de la Política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, traducción de Carmen López Peregrín y María del Carmen García Cantizano, Valencia, 2000, pág. 55.

Vives Antón, a este propósito, aprecia una inconsistencia en la metódica *roxiniana* ("incongruencia gramática", la llama): a su juicio, Roxin interpreta los fines de la pena con un proclamado sentido empiricista, pragmático y orientado a consecuencias, pero luego, en una "espantada metódica", se aviene a fundarlos en parámetros axiológicos de base constitucional. ¿Cómo hacer descansar la concepción de la pena en lo empírico y la del Derecho en lo axiológico? Parece, entonces, que la doctrina *roxiniana* incongruentemente no se atreve a realizar su propio proyecto, reserva que Vives Antón no duda en calificar de "insuficiencia epistemológica". *Vid.* Tomás Salvador Vives Antón, *Fundamentos del Derecho Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, págs. 447 y sigs.

27 Polaino Navarrete, Miguel, "Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho Penal", en Díez Ripollés, José Luis / Romeo Casabona, Carlos Ma. / Gracia Martín, Luis / Higuera Guimerá, Juan Felipe (Editores), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 110 y sigs.

28 Los símbolos son expresiones de un sentido que han adquirido *a través de una gramática convencional.* Sobre la obra de Luhmann, donde la legitimación por lo convencional no ocupa un lugar particularmente relevante, se ha llegado a aducir que no

uno de los más evidentes precursores de las teorías sistémicas, DURKHEIM. En torno a la idea del castigo penal, por ejemplo, ya la obra de este autor ponía de manifiesto la relevancia simbólica del conjunto de signos asociados a la pena.[29]

Conocidamente, la pauta científica que metodológicamente sigue JAKOBS es la del sociólogo LUHMANN, quien se despega del ser y de la materia, para absorber con ansiedad su valor simbólico, aplicado a funciones sistémicas. Respecto de la naturaleza ontológica de la realidad, el científico sistémico se muestra no nihilista (pues, como él mismo observa, ello supondría una toma de postura psíquica y deconstructiva que no está dispuesto a asumir), sino abiertamente relativista: adopta como presupuesto teórico la extrema contingencia de las cosas.[30] En tal sentido, es de sobra conocida la polémica sostenida entre LUHMANN y HABERMAS),[31] cuyas resonancias han

---

es tan peculiar el uso del *símbolo* (significado trascendido en base a la convención) como el *signo o señal*, que ofrece una información parcial, indiciaria, del referente. *Vid.* Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *o.u.c.*, pág. 186.

29 Una evidencia que también será la base, precisamente, de planteamientos sociológicos totalmente opuestos a los de LUHMANN, como es el caso de GARLAND. Un autor que llega a conclusiones a veces antagónicas (por ejemplo, en lo relativo al Derecho Penal como artefacto cultural de control, algo en lo que LUHMANN no entra), pero que reclama su ascendencia, precisamente, de esta misma relevancia del simbolismo penológico, propia de DURKHEIM. *Vid.* David GARLAND, "Durkheim's Theory of Punishment. A critique", en *The Power to Punish. Contemporary penalty and Social Analysis*, London 1983, págs. 9-10.

30 LUHMANN, Niklas, "The modernity of science". *New German Critique*, winter 1994, No. 61, pág. 16.

31 *Vid.*, a propósito de la aludida polémica, las interesantes publicaciones de Franz MACIEJEWSKI (Hrsg.), *Theorie der Gesellschaft oder Soziologie. Beiträge zur Habermas-Luhmann-Diskusion* (Theorie-Diskussion Supplement I), Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1973; Franz MACIEJEWSKI (Hrsg.), *Theorie der Gesellschaft oder Soziologie. Neue Beiträge zur Habermas-Luhmann-Diskusion* (Theorie-Diskussion Supplement 2), Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1973; Hans Joachim GIEGEL, *System und Krise. Kritik der Luhmannschen Gesellschaftstheorie. Theorie der*

dejado su impronta en el modo en que el funcionalismo sistémico aborda los problemas de legitimidad.[32]

Se asume que JAKOBS, militante en la expresión más estricta y despojada del normativismo, suscribe manifiestamente el punto de partida sistémico, lo que bifurca radicalmente su discurso doctrinal respecto de los postulados ontologicistas de su maestro WELZEL. Sin embargo, también se ha dicho, como veremos, que JAKOBS nunca será un *luhmanniano* ortodoxamente "canónico".[33]

Y, conforme a ello, no consigue desasirse jamás, de un modo tan drástico, de ciertos presupuestos materiales, que se quedan adheridos, como jirones ontológicos, a ese riguroso esqueleto normativista. No puede negarse que en varios momentos de su pensamiento penal, JAKOBS se resiente de esta durísima disciplina metafórica y no se atreverá a consumar una Dogmática Penal tan descarnada, tan radicalmente reducida a su estricto referente simbólico.[34] En esos momentos, la adhesión a la filosofía de

---

Gesellschaft oder Soziologie (Theorie-Diskussion Supplement), Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1975.

32 En oposición al planteamiento sistémico-relativista, considera HABERMAS que el ordenamiento jurídico no puede limitarse a ser un mero ambiente para los destinatarios de la norma jurídica, sino que —si ha de tener una duración temporal y una legitimidad material— ha de ser aceptado e interiorizado por los destinatarios de las normas jurídicas. Johann BRAUN, *Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert. Die Rückkehr der Gerechtigkeit*, Verlag C.H. Beck, München, 2001, pág. 227.

33 Como certeramente se ha advertido, "sostener que JAKOBS construye su sistema exclusivamente con base en la teoría sistémica supone desconocer en gran parte los orígenes y otras influencias filosóficas en el sistema penal funcionalista jakobsiano". *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001, págs. 29 y sigs.

34 Como destaca POLAINO, se ha sobredimensionado en exceso la influencia de LUHMANN sobre JAKOBS, quien elabora una teoría global que rebasa el marco teórico del primero. Pero no menos, a juicio de POLAINO, se ha sobrevalorado la autonomía y originalidad del pensamiento *luhmanniano*, como si éste fuera el único teórico que hubiera

HEGEL[35] lo conducirá a una personalísima desviación de la férula funcional-sistémica.

Manifiestamente, sin embargo, el pensamiento de JAKOBS está colonizado por los más significativos postulados *luhmannianos*.[36] El paradigma de la complejidad, la autopoiesis, la teoría de las comunicaciones significativas, constituyen, en suma, monumentales trasposiciones conceptuales realizadas por LUHMANN, cuyo trasfondo no cuenta tanto como su potencial enfático. Veamos en qué medida importa JAKOBS a la Dogmática penal las principales figuras de la ideología sistémica de LUHMANN, de qué modo aprovecha, para su construcción dogmática, los principales tropos del funcionalismo sociológico.

V. EL PARADIGMA DE LA COMPLEJIDAD

Casi podría decirse que este esencial planteamiento *luhmaniano* es el más nítido exponente del uso del símbolo en el sentido antes expuesto, esto es, como un salto para salvar el vacío comprensivo y vencer la parálisis (en este caso, científica) ante lo incógnito.

En un sentido natural puro (siempre siguiendo a LUHMANN), la complejidad constituye el conjunto caótico y amenazador de todos los sucesos po-

---

elaborado "*ex nihilo*" una teoría sistémica de la moderna sociedad. *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *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, pág. 44.

35 Siendo su entronque *hegeliano* cada vez más patente y decidido. *Vid.* Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, "Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, enero de 2000, pág. 101.

36 Aunque el universo de sus influencias es, efectivamente, mucho más amplio, tal como ha evidenciado la doctrina. En este sentido, Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Algunas referencias de Historia de las ideas como base de la protección de expectativas por el moderno Derecho Penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 71, Madrid, 2000, págs. 391 y sigs.

sibles[37]. El futuro con su carga de enigmas, ambigüedades y eventualidades es tan impredecible como el propio entorno social es intrínsecamente rebelde a la planificación[38].

Para enfrentarse a la opresión de ese caos, surge el tropo: la idea de reducción, el uso de los instrumentos sociales como mecanismos inmateriales de reducción de lo incógnito, resoluciones convencionales de la complejidad en su estado más puro. En coherencia con este planteamiento, al Derecho compete la función de garantías normativas de comportamiento. Y, más en concreto, el Derecho Penal será, precisamente, *un expediente de reducción y manejo de esa complejidad social, en sus vertientes objetiva, social y temporal.*[39] A través de lo normativo, pues, se aminora el impacto actual del futuro, incierto y amenazador en los cursos que adopta.

Ciertamente, el paradigma de la complejidad no ha sido explícitamente suscrito por Jakobs y su escuela, aunque, como se ha indicado, dicha sus-

37 Luhmann, Niklas, *Soziologische AufKlärung* 1, Opladen, 1974, pág. 15.

38 La alegoría de la sociedad como ente rebelde e impredecible, imposible de canalizar o planificar constituye un clásico referente de la imaginería liberal. Y, en efecto, como bien se ha señalado, esa visión indómita del mundo está determinada por una opción política liberalista muy clara, opuesta al prurito omni-planificador del marxismo, en su vertiente más autoritaria y controladora. *Vid.* Renato Santos de Souza, "O funcionalismo sistêmico nas teorias social e organizacional: evoluçao e crítica", en *Revista Eletrônica de Administraçao*, núm. 1, pág. 15.

En coherencia, también Jakobs llegó a temer, en los inicios de su doctrina, que tendría que afrontar la imputación del excesivo liberalismo de sus concepciones. Curiosamente, no ha sido esa crítica la que se ha verificado, sino una de sentido radicalmente antagónico: la doctrina funcionalista de Jakobs ha llegado contradictoriamente a ser considerada proclive al autoritarismo, complaciente frente a potenciales excesos intervencionistas del poder.

39 Prieto Navarro, Evaristo, "Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la Dogmática Penal", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, Universidad de Alicante, pág. 282.

cripción es fácilmente presumible del conjunto de la obra *jakobsiana*:[40] así, cuando JAKOBS formula la relación Derecho Penal/Sistema social complejo, recordando los esfuerzos que cabe pedir al Derecho Penal para ir asumiendo problemas sociales, alcanzando una complejidad adecuada a la del sistema social.[41]

Se trata de una concepción singularmente problemática, sin embargo. Dos son las principales críticas vertidas a este respecto.

En primer lugar, la idea *luhmanniana* del Derecho como inmunización o lenitivo frente a la decepción exige ascender por encima del sentido real del hecho delictivo. Ese ascenso, obligado en todo proceso simbólico, supone abandonar unos rasgos para sublimar otros y dotarlos de sentido representativo. Para los críticos de LUHMANN, reacios a la lectura simbólica, este abandono (la reducción aséptica e indiferente de la desviación, a favor de una figura con relieves meramente simbólicos) supone una auténtica frivolidad.[42]

En segundo lugar, la conocida paradoja *luhmanniana* (la reducción es portal de mayor complejidad), pone en evidencia una de las principales debilidades de este planteamiento: ante la maximización de la complejidad contemporánea, sofisticada y mutante, funcionalmente vertebrada y vertiginosa transformación, el símbolo languidece, se deslíe y pierde su valor representativo. El Derecho Penal no es apto ni tiene sensibilidad ya para reducir el incremento de complejidad del mundo de hoy.[43]

40 GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, Universidad de Alicante, pág. 240.

41 JAKOBS, Günther, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año V, núm. 9, pág. 23.

42 Éste, entre otros, es uno de los pilares de la conocida crítica de Alessandro BARATTA, "Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1984, págs. 547 y sigs.

43 Así, por ejemplo, cuando se cuestiona si una sociedad funcionalmente diferenciada y en rápida transformación puede permitirse una forma tan rudimentaria de trato con la

Esta última aseveración está cargada de sentido, pero, no, por cierto de especial originalidad. No es, verdaderamente una crítica, a las concepciones sistémicas, ni ofrece un desmentido al paradigma de la complejidad. Antes bien, es una vuelta de tuerca más en torno a la idea consabida de la crisis Derecho Penal, lastimosamente tosco frente a los desafíos contemporáneos. Cualquier penalista sensato podrá musitar un razonable asentimiento a la idea de la "insostenible situación del Derecho Penal", pero ello no destruye la validez de los planteamientos funcionalistas más acabadamente que los de cualquier otra escuela dogmática.

El reproche mejor centrado, entonces, es el que, admitiendo, aun hoy, la persistente utilidad del símbolo normativo, desvalora, sin embargo, el uso casi exclusivo y exhorbitado de este recurso. En la Ciencia jurídico-penal, tal como hemos ido indicando, hay expedientes racionales suficientes como para no jugárselo todo a una empecinada huída simbólica. Y, por lo general, como veremos, el propio JAKOBS, aunque no siempre de modo paladino, no deja de utilizar esas otras bazas, a diferencia de LUHMANN.

Este autor, desde luego, no baja del olimpo simbólico: habla de un recurso figurativo (el Derecho) y de un efecto igualmente figurativo (la reafirmación de expectativas de comportamiento). Por el contrario, en JAKOBS la relevancia del Derecho Penal tiene una vertiente simbólica (la reafirmación de la vigencia de la norma, la autocomprobación), junto a unas consecuencias netamente materiales que este autor no puede dejar de designar (aunque, en su prurito *luhmanniano*, las minimice o clasifique como jerárquicamente inferiores y dependientes). La integración, el reequilibrio, la cohesión social, la superación del impulso retributivo son sólidos efectos del uso reductor del Derecho Penal.[44]

---

complejidad desbordante que un futuro abierto imprime. La multiplicidad de cursos posibles y alternativos de acción y de vivencia parecen vedar cualquier posibilidad de respuesta puntual al entorno, por lo que se demandan nuevas formas de elaboración de las informaciones. *Cit.* por Evaristo PRIETO NAVARRO, *o.u.c.*, pág. 282.

44 JAKOBS afirma indistintamente, por ejemplo, que el Derecho Penal viene a resolver un problema del sistema social (en clara alusión al significado de autocomprobación de

VI. EL SISTEMA SOCIAL Y SU AUTORREFERENCIALIDAD

Siguiendo de cerca los planteamientos de los científicos chilenos MATURANA y VALERA, llega a concebirse por LUHMANN la idea autopoiética de Sistema Social, organizado y estructurado especializado, al propio modo de los sistemas de organismos vivos. Éstos, según los citados neurólogos, tienen capacidad de producir y reproducir por sí mismos sus elementos, por cuanto mantienen una estricta organización aquellos elementos susceptibles de autoproducción.[45]

Los sistemas biológicos de MATURANA y VALERA son, pues, autopoiéticos, esto es, autodescriptivos y autosuficientes. Su inmediata contrahechura social, los sistemas sociales de LUHMANN, son entidades culturales que se adaptan al medio exterior, al entorno del sistema. La relación entre el sistema y su entorno deviene esencial.

Los mecanismos de automantenimiento social que describen las teorías sistémicas son complejos, diversificados y adaptativos, se superponen

---

identidad normativa), y que el Derecho Penal viene solucionar un problema social por medio del sistema jurídico (alusión aún más dotada de carga ontológica). *Vid.* Günther JAKOBS, *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJOÓ SÁNCHEZ, *Cuadernos de Doctrina y Jurispudencia penal*, año V, núm. 9, págs. 20 y sigs. (Obra publicada como monografía en Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996).

El mero dato de la *resolutividad del Derecho Penal* constituye un paso más allá de LUHMANN, para quien el Derecho no resuelve nada, sólo es una vía de comunicación. Hay marcadas diferencias, como veremos, en la *concepción penológica* de LUHMANN y la que elabora JAKOBS. La pena, en LUHMANN, comunica a los ciudadanos "que esperaron correctamente" (al propio modo en que concibe LEVI STRAUSS el valor simbólico del mito, que "no aporta soluciones, sino que sirve de mediador en la expresión de graves dilemas sociales"). Cit. por Carlos GARCÍA GUAL, *Mitos, viajes, héroes*, Madrid 1996, pág. 30.

45 *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001, págs. 25 y sigs.

estructuralmente y conservan y potencian sus recursos a través de una suerte de permanente mitosis. Conceptos científicos como los de homeotasis, entropía, autopoiesis son importados por LUHMANN para describir la configuración de los sistemas sociales. Como vemos, se trata de un directo trasunto de los modos supervivenciales y adaptativos de los organismos naturales.

En los últimos años, surgen precisamente críticas al sentido expresivo de esta visión sistémica, que, renunciando a describir autónomamente el concepto de sistema, lo obligan a adaptarse a los límites conceptuales propios de los sistemas biológicos.

Así, se viene a refutar, en suma, el sentido o aptitud representativa el referente natural escogido. Se imputa, por lo tanto, la inexistencia de reducción simbólica a partir de un rasgo representativo (pues no otro sería el procedimiento correcto), habiéndose procedido, en su lugar, a una disfuncional trasposición de conceptos. Así, el dinamismo social no puede verse representado en la configuración de un molusco, por compleja que ésta sea: ¿por qué razón deberíamos de creer que las leyes que rigen los sistemas naturales sirven a los sistemas sociales?, ¿por qué razón admitir un *status* de naturalidad a cualquier tipo de organización social?[46] En el mismo sentido, VIVES ANTÓN asume esta *reducción empiricista,* según sus términos, como una regresión al mundo de la biología, *que impide llegar a la delimitación del objeto específico de indagación sociológica.*[47]

---

46 De nuevo nos encontramos una huída del vacío cognitivo a través de un referente que, en este caso, es puro trasunto de una realidad biológica. La trasposición de estos conceptos naturales es, como se ha dicho, cuestión de creencia. Sin embargo, se ha indicado que este salto simbólico es innecesario y acomodaticio, ya que ahorra, por la creencia, esfuerzos intelectuales perfectamente demandables a la razón, y, en suma: para ponerse a salvo de los dilemas epistemológicos y éticos que históricamente han venido inquietado a las ciencias sociales. *Vid.* Renato SANTOS DE SOUZA, "O funcionalismo sistêmico nas teorias social e organizacional: evoluçao e crítica", en *Revista Eletrônica de Administraçao,* núm. 1, págs. 25-30.

47 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Fundamentos del Sistema Penal,* Valencia, 1996, págs. 186-187.

El sistema autorreferencial biologicista constituye, objetivamente, un poderoso tropo. Su veracidad no puede probarse, pues se trata de un tiro al vacío, una propuesta de sentido sobre lo incomprensible. Por lo tanto, su debilidad es sobre todo expresiva: su formato circular constituye un esquema incapaz de aglutinar un consenso en la doctrina penal, más allá de lo incidental.[48]

VII. EL FUNCIONALISMO PENAL SISTÉMICO: SU ENTENDIMIENTO DE LA AUTORREFERENCIALIDAD

La idea del sistema autopoiético ha trascendido a los postulados de JAKOBS y, desde luego, el importar una figura tan controvertida le ha valido a este autor el tener que pechar con las interpretaciones que la figura ha suscitado. Autorreferencialidad es, así, conservadurismo, autoritarismo, consolidación del *status quo* y complacencia con la oligarquía a costa de la sociedad. No en vano se ha dicho que las doctrinas de JAKOBS se resienten no poco del peaje que deben de pagar por transitar por los vericuetos, a veces demasiado difusos, de la sociología *luhmanniana.*

Para JAKOBS, el Derecho Penal es un sistema integrado en el más amplio sistema social.[49] El control social penal es un subsistema en el sistema

48 Sólo de modo limitado, se han llegado a apreciar algunas ventajas de este planteamiento: así, la mayor independencia del orden normativo autorreferenciado, respecto de las definiciones de otros órdenes. *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, "Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho Penal", en José Luis DÍEZ RIPOLLÉS / Carlos Ma. ROMEO CASABONA / Luis GRACIA MARTÍN / Juan Felipe HIGUERA GUIMERÁ (Editores), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR,* Tecnos, Madrid, 2002, págs. 132.

49 *Vid.* Günther JAKOBS, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?", *ZStW.*, Band 107, Heft 4, 1995, págs. 843 y sigs. ("Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año V, núm. 9, págs. 20 y sigs.).

total del control social.[50] No existe entonces ninguna ley accesoria o inútil, puesto que todas desempeñan una función, manifiesta o latente dentro del sistema.

Así, según Jakobs, "es imposible desgajar al Derecho Penal de la Sociedad": constitutivamente no puede entenderse uno sin el otro, por la razón de que no hay Derecho sin dimensión social. En sus propias y gráficas palabras: "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".[51]

La solución de un problema social a través del Derecho Penal, según apunta Jakobs, tiene lugar por medio del sistema jurídico, como *sistema social parcial*.[52] En su discurso doctrinal, acepta el trasfondo axiológico de esas normas, pero sólo, estrictamente, dentro de los confines normativos de la sociedad donde rigen: *que se ha entrado en un contrato (social) justo,*

---

50 Éste es el punto de partida de todo el funcionalismo sistémico. *Cfr.*, por ejemplo, Niklas Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie,* Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, págs. 15 y sigs.; Íd. *Rechtssoziologie,* 3. Aufl., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987, págs. 10 y sigs.; Íd. *Das Recht der Gesellschaft,* Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1993, págs. 9 y sigs.; Id., *Die Gesellschaft der Gesellschaft,* tomo I, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1998, esp. págs. 16 y sigs. *Vid.* Miguel Polaino Navarrete, *Derecho Penal. Parte General,* tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal,* 4a. ed., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, pág. 38; Antonio García-Pablos de Molina, *Derecho Penal. Introducción,* Madrid, 2000, pág. 3.

51 Jakobs, *o.u.c.*, págs. 21 y sigs.. *Vid.* Miguel Polaino Navarrete, *Derecho Penal. Parte General,* tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal,* 4a. ed., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, pág. 28.

52 Jakobs, Günther, *o.u.c.*, pág. 23.

y que el resultado es vinculante no es de ningún modo una afirmación universal, sino una afirmación vinculada al espíritu de determinado tiempo.[53] En este sentido, la legitimidad es una construcción del sistema: lo que es válido para el sistema.[54]

JAKOBS opta, entonces, por una reducción de la complejidad, no arbitraria, sino legitimada por el consenso social, plasmado en la norma. Y, ante las críticas, el autor advierte, sagazmente cómo otras supuestas fundamentaciones constituyen ejercicios de escapismo simbólico cuando menos equivalentes al suyo: ¿por qué su sociedad autorreferenciada es menos aceptable que esas *representaciones de justicia cuya génesis carece de explicación*?[55] La libertad, la dignidad, la justicia son referentes que no están en absoluto a salvo de las posibles instrumentalizaciones de una política abusiva.[56] En ese sentido, no aportan más fiabilidad fundamentadora que lo hace su circularidad autopoiética.

JAKOBS aspira a clarificar sus instituciones en torno a la idea de función. Ahora bien, la funcionalidad mal podría constituir una condena naturalista a perpetuarse tozudamente por encima de lo que es legítimo o armónico con la sociedad. Por eso, a pesar de sus visajes *luhmannianos* y su ampuloso rechazo del ontologicismo, en el discurso de JAKOBS penetran, con discreción pero con firmeza, inequívocos factores de corrección del normativismo.

---

53 JAKOBS, Günther, "Sobre la génesis de la obligación jurídica" en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm 23, Universidad de Alicante, pág. 340.

54 RICO, Manuel, *Las Ciencias sociales y el Derecho,* en *Fundamentos de la Psicología jurídica*, en CLEMENTE, Miguel (Coordinador), Madrid, 1995, pág. 52.

55 JAKOBS, Günther, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año V, núm. 9, pág. 49.

56 *Vid.* JAKOBS, Günther, "¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal,* Instituto Peruano de Ciencias Penales, núm. 1, año 2000, pág. 166.

En este sentido la concepción *hegeliana* del *espíritu del tiempo*, sirve para equilibrar el radical ensimismamiento autopoiético.[57]

Lo válido en una determinada coordenada temporal, quizás no sea válido universalmente, para todas las sociedades. Pero sí es algo que tiene consistencia, esencia, en esa precisa coordenada. El Derecho es objetivación del espíritu de un tiempo. Y si ello es así, entonces, hace falta la objetivación tanto como la captación de ese espíritu, para estimar que el Derecho es válido. De algunas aseveraciones *jakobsianas* puede entenderse que la norma-símbolo, marcador del consenso social, no sólo es un emblema formalmente suscrito, vacuo, sino que posee auténtica representatividad: es portador de una esencia social, entendida en el sentido material hegeliano (y no, al modo funcional sistémico, en un sentido estrictamente formal).

Así, Jakobs no ha dudado en afirmar que una norma penal tiránica rompería la configuración social, por mucho que el sistema corrupto aspire a autodefenderse. Es un supuesto en el que el Derecho tendría que evolucionar hacia lo legítimo y prosocial, o sucumbir. Habría llegado, pues, *la hora de una separación.*[58]

Viene el autor a reiterar cómo lo normativo, pese a su formalismo, ha de estar en consonancia con las pautas sociales, como símbolo que es, constituye una auténtica plasmación del *Zeitgeist*. Como símbolo que es, adquiere su formato a través del prisma de la cultura, y del auténtico espíritu de los

57 Las semejanzas, la filiación y el influjo de Hegel en la construcción *jakobsiana* es conocida y reconocida por el propio Jakobs. *Vid.* Günther Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch,* 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1991, 1/21 (*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, págs. 22 y sig.).

58 Son palabras del propio Jakobs, que, sin embargo, pasan desapercibidas ante la fuerza expresiva del peligroso símbolo autopoiético. *Vid.* Günther Jakobs, "Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma", *Revista del Poder Judicial*, núm. 49, pág. 299.

tiempos.[59] No es, así, una mera forma huera y fantasmal, sino socialmente trascendente. Cuando no se da dicha trascendencia, la configuración externa, que ya no es representativa (no es ya esencia de un pueblo), sólo puede erigirse en la esencia de una tiranía.[60]

JAKOBS enuncia esto con un vigor que parecen pasar por alto cuantos detractores le achacan crear un Derecho Penal oportunista, formal y huero, sicario eventual de todo tipo de intenciones oligárquicas, autoritaristas o abusivas de poder: *¿Cuándo estamos, entonces, ante fantasmas de normas más o menos maquilladas, y cuándo ante verdaderas normas? La respuesta debe consistir en la descripción del espíritu del tiempo sólido, con fuerza histórica. Las normas conforme a él son reales.*[61] Frente a este auténtico Derecho, desvalora JAKOBS el falso Derecho de la norma meramente coactiva. La normativización de conceptos penales no supone una creación de sistemas normativos al margen del contexto social, sino una constitución normativa en el seno de una sociedad de estructura dada, que no renuncia a formular aspiraciones realistas.[62]

59 No es de extrañar que, en este aspecto, haya conectado con los planteamientos de MAYER, aparentemente antagónicos, sin embargo. *Vid.* Max Ernst MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch,* 2. unveränderte Auflage, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1923, págs. 20 y sigs.

60 JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, pág. 299.

61 JAKOBS, Günther, "Sobre la génesis de la obligación jurídica" en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm 23, Universidad de Alicante, pág. 323.

62 JAKOBS, Günther, *Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, 1991, págs. VII y sígs. *Vid.* comentarios, sobre el valor de esta *normativización de conceptos*, por Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal,* 4a. ed., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, págs. 206 y sigs., y Miguel POLAINO NAVARRETE, "Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho Penal", en José Luis DÍEZ RIPOLLÉS / Carlos Ma. ROMEO CASABONA / Luis GRACIA MARTÍN / Juan Felipe HIGUERA GUIMERÁ (Editores), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir,* Tecnos, Madrid, 2002, pág. 132.

Y el Derecho Penal, en este último caso, deja de ser un símbolo en el marco de un proceso de comunicación, y se convierte en un ordenamiento coercitivo abstracto externo. El autor pone de manifiesto, paladinamente, cómo sólo la norma democrática y legitimada por el consenso social puede ejercer como símbolo. Y cuando se produce un desacople insuperable con la sociedad, el símbolo decae.[63]

Cualquier forzamiento de un símbolo deslegitimado, no consensuado y representativo, suscitará, así, la desconfiguración de la sociedad. Es lo que el propio JAKOBS recuerda cuando arguye que una norma que ya nadie considera legítima, *menos la policía*, no es una norma válida, sino una *fórmula de las condiciones de aplicación de la coacción.*[64]

Así pues, en palabras de JAKOBS, *la expectativa ante cuya defraudación se reacciona tiene que ser, con independencia ya del Derecho Penal, una expectativa social, pues de otro modo no armonizan sociedad y Derecho Penal.*[65] El Derecho Penal, en este sentido, sirve a la sociedad, sin convertirse en su lacayo, y para ello tiene que ser respetable (por legítimo, en cuanto digno de respeto, acrisolado por el consenso social y descriptor del espíritu del tiempo).[66] El Derecho Penal aterrorizador, según razona JAKOBS,

63 Un Derecho Penal autoritario sería tan poco funcional, en el sentido *jakobsiano*, como la imposición de la lectura de este relato a quienes no pueden comunicar con sus enunciados. Tal pretendido Derecho Penal no opera de ningún modo como *símbolo en el marco de una comunicación. Vid.* Günther JAKOBS, *o.u.c.*, pág. 299.

64 JAKOBS, Günther, "Sobre la génesis de la obligación jurídica", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, *Doxa; Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, núm. 23, pág. 345.

JAKOBS, Günther, "Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma", traducción de Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Revista del Poder Judicial*, núm. 49, 1998, pág. 299.

65 JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, pág. 299.

66 JAKOBS, Günther, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año V, núm. 9, pág. 24

también se autoprotege pero el que tales normas sean defendidas no las convierte en normas *jurídicas*, en su rotundo y enfático sentido (basadas en una vinculación social no instrumental, entre personas).[67]

JAKOBS es capaz de apreciar diferentes niveles de mantenimiento normativo:

— *La reacción normativa y contrafáctica contra aquel que amenaza a la sociedad con su proyecto individual.* La propuesta de cambio aquí no es funcional. En este caso el Derecho Penal se automantiene, al defender las expectativas sociales consensuadas. El sistema jurídico es, pues conservador e inmovilista, ciertamente, pero lo es frente a un individuo divergente que obra de modo fáctico y casual, sin respetar lo que llama los *requisitos de la evolución.*[68]

— *La evolución normativa hacia una mayor adaptación a la función social.* Supone un episodio transitorio de reforma penal. La crítica es válida mientras el sujeto divergente no la impulse desde la rebeldía fáctica frente al ordenamiento. En este Derecho se autoconserva, precisamente, a través del cambio y la reforma adaptativa,[69] pues la reacción punitiva contra el discrepante sólo se activa a partir de *cambios arbitrarios.*[70]

— *La integral decadencia del Derecho Penal socialmente desarmónico, por vía de una revolución social.* Aquí lo disfuncional es, precisamente, el Derecho Penal, no legitimado socialmente. Tal Derecho Penal no puede ya perpetuarse, ni aun constituyéndose en la base de una revolución:

---

67 Sin embargo, JAKOBS relega al plano externo al sistema jurídico el debate en torno a la esencial cuestión de las reglas mínimas para obtener esa condición personal. JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, pág. 34.

68 JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, pág. 26.

69 JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, pág. 26.

70 JAKOBS, Günther, "Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma", *Revista del Poder Judicial*, núm. 49, 1998, pág. 49.

como recuerda Jakobs,[71] el Derecho Penal no puede servir de referencia a una sociedad que se desintegra (igual que es imposible que quien no cuenta con medios de subsistencia pueda respetar los derechos de quien defiende su opulencia).[72]

En esas circunstancias ningún ejercicio de *autopoiesis* revolucionaria permitirá a ese Derecho seguir perviviendo. Sólo le queda, entonces, sucumbir.

Los planteamientos funcionales de Jakobs no flaquean, precisamente, por plantear el conservadurismo del sistema normativo a niveles de intransigencia o abuso, (pues ya hemos visto como su vertiente *hegeliana* modera el discurso inmovilista), sino por el papel sumiso que reservan al dogmático. Como bien se ha observado, la Ciencia jurídico-penal no debería perder su mordiente crítico por el hecho de que opere en un sistema funcionalista. No, si el sentido funcional de la Dogmática es precisamente obrar como instrumento de revisión y crítica del sistema.[73] Sin embargo, no es éste el papel que se asigna aquí al dogmático.

De conformidad con los postulados funcional-sistémicos,[74] el Derecho sólo admite ser definido por un observador imparcial (*Beobachter*), no

71 Jakobs, Günther, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional", traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año V, núm. 9, pág. 24.

72 Jakobs, Günther, *o.u.c.*, pág. 34.

73 Laurenzo Copello, Patricia, "El enfoque teleológico funcional en el sistema del delito: breves notas sobre su alcance garantístico", en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 445.

74 *Vid.*, por ejemplo, Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Westdeutscher Verlag, Köln und Opladen, 1970; Id., *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, págs. 15 y sigs.; Íd. *Rechtssoziologie*, 3. Aufl., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987, págs. 10 y sigs.; Íd. *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt

situado en el sistema, sino al margen (en el entorno del sistema, de la Sociedad: *Umwelt* o *Gesellschaftsumwelt*). Al dogmático no le cabe más que la tarea de sistematizar las reglas de imputación sin pretensión político-criminal, lavando con ello, más de lo prudente y razonable, el discurso dogmático.

La opción del dogmático, para JAKOBS sólo puede ser política y crítica cuando se llega a este extremo nivel de desarmonía Derecho-sociedad.[75] Pues, en ese caso, el Derecho se estaría ocupando de normas que no pertenecen al núcleo de la identidad normativa de la sociedad (esto es, no son auténticas normas representativas).[76]

Empero, incluso en un orden jurídico normalizado, hay un cometido dogmático que tiene abiertas relaciones con la política, más aún, que es inmediatamente, político y selectivo.[77] El propio autor reconoce que, en más de un sentido, la imputación depende de lo que él llama "la semántica de la sociedad". En nuestra sociedad polisémica, esgrimir una imputación u otra va a suponer una defensa política, más allá de puramente dogmática.[78]

---

am Main, 1993, págs. 9 y sigs.; ID., *Die Gesellschaft der Gesellschaft,* tomo I, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1998, esp. págs. 16 y sigs.

75 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal", *Revista de Derecho Penal y Criminología,* UNED, enero de 2002, pág. 99.

76 JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, pág. 34. El problema, de nuevo, empieza cuando se silencian cúales son los elementos de esta identidad, y qué es lo que o no pertenece a su núcleo. *Vid.* Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *o.u.c.*, pág. 99.

77 Así, incluso dentro de planteamientos funcionalistas, las reglas de imputación pueden sistematizarse siguiendo modelos divergentes. *Vid.* Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *o.u.c.*, págs. 96 y sigs.

78 Él mismo admite esto cuando habla de la polémica generada en los años 40 y 50 ante el hurto perpetrado bajo las condiciones comerciales de autoservicio. Es la comprensión social la que dicta la forma de ser imputado el hurto, sea —total o parcialmente— a la víctima autoferente o al autor que explota una vulnerabilidad victimal. *Vid.* Günther JAKOBS, "Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik" (manuscrito), "La idea de normativización en la Dogmática jurídico-penal", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, pág. 5.

VIII. La comunicación sistémica

Como ha resaltado Polaino Navarrete,[79] el hecho de que la Sociedad sea un sistema alude a *una global conexión entre diferentes elementos, cuyas relaciones entre sí son cuantitativamente más intensivas y cualitativamente más productivas que sus relaciones con otros elementos.*

Así, en efecto, el universo organizado tiene un abigarrado carácter polisistémico, que, por cierto, ha sido descrito en unos términos alucinados, con visos de pesadilla, *como espantosa arquitectura de sistemas que se edifican uno sobre otros, unos entre otros, implicándose, imbricándose unos en los otros con un gran juego de aglomerados, plasmas, fluidos de microsistemas circulando, fluctuando, envolviendo a las arquitecturas sistémicas.*[80]

Es explicable entonces cómo, en esta Babel monumental, condenada a reproducirse y autosostenerse, cobra una importancia inusitada la idea de la comunicación.

Así, precisamente, la diferencia de la clase de relación entre los elementos de un sistema se halla, precisamente, en el concepto de 'comunicación'; por otro, marca el límite entre 'sistema' (*System*) y 'entorno' (*Umwelt*). Esta distinción constitutiva entre sistema y entorno, dice Luhmann, "tiene que ser el punto de partida de cualquier análisis sistémico teórico". El sistema es el ámbito en que se producen comunicaciones socialmente relevantes; el resto, no es sistema, sino entorno. En todo caso, entorno y sistema no pueden explicarse el uno sin el otro, sino que son conceptos no sólo interrelacionados sino que cabe explicar con autonomía pero no con inde-

79 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, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, págs. 40 y sig. *Vid.* Helmut Willke, *Systemtheorie I: Grundlagen*, 5. Auflage, 1996, págs. 5 y sigs., 41 y sigs., 266.

80 Morin, Edgar, *El método, I. La naturaleza de la naturaleza*, Portugal, 1987, pág. 97.

pendencia uno respecto del otro: "el entorno alcanza su unidad sólo a través del sistema y únicamente en relación al sistema" (LUHMANN).[81]

Las ideas de JAKOBS en torno al Derecho Penal como sistema de comunicaciones significativas constituye un trasplante de raíces *luhmannianas*. Hay, sin embargo, divergencias.

Respecto a la teoría de la comunicación, según LUHMANN, se ha llegado a observar que el código comunicativo es, más que simbólico, indiciario (compuesto por señales, que transmiten información parcial sobre el objeto, al que se hayan conectados por una ligazón natural). Esto, que acerca más la comunicación normativa a la propia de los sistemas biológicos, se debe al prurito natural-reduccionista del autor, y, una vez más, a su empeño científico —digno de mejor causa, se ha dicho— de entender la Sociología desde la idea del modelo biologicista.[82]

Sacando consecuencias de este entendimiento, la comunicación en LUHMANN sería la transmisión de información puntual sobre datos del sistema y no una verdadera interlocución, donde se transmite todo un conjunto de ideas, valores y percepciones sociales representadas por el símbolo (sobre la base de una común identidad referencial).

En cualquier caso no este un reproche que quepa traspasar a JAKOBS, a pesar de la manifiesta filiación *luhmaniana* de sus planteamientos simbólico-comunicativos.[83] No son pocas las ocasiones en las que el autor se decanta hacia una comunicación interlocutoria, trazada desde los planos de la igualdad y liberalidad. *Una liberalidad que reconoce al otro como persona,*

81 *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 25.

82 VIVES ANTON, Tomás Salvador, *o.u.c.*, pág. 186.

83 PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *o.u.c.*, pág. 289.

que presupone el vínculo de la personalidad.[84] El delito no transforma el *status* del infractor en no-persona, antes bien, es un reconocimiento de que el culpable es persona, competente respecto a un deber jurídico que, sin embargo, ha quebrantado.[85] Esta apreciación deriva, sin embargo, más de la clásica consigna *hegeliana* —"sé persona y respeta a los otros como persona"— que de la sociología sistémica *luhmanniana.*

IX. El sistema jurídico penal: Derecho Penal garantizador de expectativas frente a Derecho Penal protector de bienes

Jakobs no siente representada la función del Derecho Penal en la idea de la protección de bienes y valores socialmente relevantes, que matiza sin llegar a conculcar. En efecto, reconoce la relevancia de estos mismos bienes, siempre que los mismos se hayan *espiritualizado*, a través de la convención jurídica, esto es, que se hayan hecho norma, y, como tal, transida del espíritu del tiempo.

Ese relativismo valorativo, que tanto escandaliza,[86] no obedece a una posición de cinismo pragmático frente a los valores. A diferencia de otro

84 Jakobs, Günther, "La omisión: estado de la cuestión", traducción de traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *Sobre el estado de la Teoría del delito*, Seminario en la Universitat Pompeu Fabram Civitas, Madrid, 2000, pág. 146.

85 Se ha establecido cierto parentesco entre el tratamiento personal-igualitario de Jakobs y el que postula el representante del retribucionismo neoclásico anglosajón Andrew von Hirsch, cuya obra más conocida, *Censurar y Castigar*, integra una defensa del justo merecimiento retributivo, como reacción garantista, respetuosa con la dignidad del penado. Así, Peñaranda Ramos, Enrique, *o.u.c.*, pág. 319. En este autor, la retribución se concibe como una devolución material, dirigida al infractor sobre la base de las exigencias de merecimiento y equidad. En Jakobs, por el contrario, la devolución es simbólica, trasciende del plano material donde se aplica para dirigirse a la sociedad, que es la que se va a ver reintegrada. *Vid.* Andrew von Hirsch, *Censurar y castigar*, traducción de Elena Larrauri, Madrid, 1998.

86 La enunciación de este relativismo, sincrónica y diacrónicamente evidenciable, es calificada por Vives Antón como "dramática". Ahora bien, habría que considerar si, en definitiva, lo dramático es la existencia de esa fluctuación, o su mera enunciación, obrada por Jakobs. *Vid.* Tomás Salvador Vives Antón, *o.u.c.*, pág. 451.

funcionalismos (así, el anglosajón retribucionista), y pese a su profesión preventiva, las teorías funcionales de JAKOBS son más abstractas que utilitaristas. Parece, por el contrario descansa en la evidencia diacrónica y sincrónica: los bienes jurídicos, los valores e intereses socialmente relevantes están sometidos a enormes fluctuaciones en el tiempo y en espacio. En palabras del autor, *la historia enseña que los límites abstractos poco aclaran.*[87]

Por la inseguridad de sus rasgos, el potencial representativo de los bienes jurídicos es insuficiente. Por ejemplo, se aduce, los bienes jurídicos no se distinguen, *per se*, con suficiente nitidez respecto de los valores estrictamente morales, y la lesión de unos se confunde conceptualmente con la infracción de los otros.[88] La doctrina del bien jurídico fracasa, igualmente ante la inconcreción de los bienes colectivos y de amplia superficie. Finalmente, los deberes positivos no pueden ser formulados en tanto obligación de respetar bienes existentes, como tampoco la protección penal frente al mero peligro de lesión.[89]

Ante esa difuminación y pobreza de contornos, el Derecho Penal no puede proteger sus rasgos o contenidos de modo directo. De este modo, no es el carácter intangible y absoluto de los bienes jurídicos lo que la pena refuerza sino las pretensiones jurídicas en torno a su intangibilidad.[90] El Derecho no puede trazar un muro de contención en torno a bienes de tan inespecífica

87 *Vid.* Günther JAKOBS, "¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal,* Instituto Peruano de Ciencias Penales, núm. 1, año 2000, págs. 153 y sigs.

88 Por ello, la visión del Derecho Penal *autopoiético* y autoreferenciado marca óptimamente la autonomía de lo normativo frente a lo moral. *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, Miguel, "Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho Penal", en José Luis DÍEZ RIPOLLÉS / Carlos Ma. ROMEO CASABONA / Luis GRACIA MARTÍN / Juan Felipe HIGUERA GUIMERÁ (Editores), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir,* Tecnos, Madrid, 2002, pág. 132.

89 JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, págs. 154-65.

90 JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, pág. 152.

silueta. Está más allá de sus posibilidades la de delimitar esa imposible esfera, de múltiples centros y circunferencia en ninguno. De ahí, pues la importancia de la norma, que integra una segura delimitación en torno a nítidas expectativas, porta el sentido de las relaciones personales y configura ámbitos de responsabilidad en una sociedad diversificada y plural.[91] En la defensa de la norma no se procura la supervivencia de unos valores, sino las plurales condiciones de supervivencia de esta compleja sociedad.

Una vez más, Jakobs lleva el debate a los términos de una confrontación de referentes: la idea de la pena como mantenedora de expectativas jurídicas remite a una imagen dinámica de la sociedad, poblada por personas pluri-competentes y responsables frente a la violación de prohibiciones o incumplimiento de deberes positivos. Por el contrario, a su modo de ver, la noción de Derecho Penal, como protector de bienes jurídicos invoca la imagen, parcial, estática y sin relieve, de la *sociedad como acumulación de sujetos poseedores de bienes*.[92] En su crítica parcial a la doctrina de la protección de bienes jurídicos, Jakobs minusvalora, por su simplicidad, la idea de la encarnación de la persona en sus posesiones jurídicas.[93] Claro está que un escrúpulo parejo no le ha impedido presentar al infractor como una *no-persona*, o *persona fallida*, encarnada en sus usurpaciones antijurídicas.

En sus términos estrictos, el autor no termina de renegar de la categoría de bien jurídico, a la cual concede una relevancia fundamentadora "forzada", pero, en su visión, superable gracias a los retoques funcionales. Cuello Contreras[94] acierta a entrever en estos planteamientos, no estrictamente una huída del sistema penal centrado en torno a la defensa de los bienes

91 Jakobs, Günther, *o.u.c.*, pág. 157.

92 *Vid.* Günther Jakobs, *o.u.c.*, pág. 155.

93 *Vid.* Günther Jakobs, *o.u.c.*, pág. 154.

94 Cuello Contreras, Joaquín, *El Derecho Penal español, Curso de iniciación. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito/1*, 2a. ed., Madrid, 1996, págs. 56 y sigs.

jurídicos, sino una ocasión de hacer la crítica a las categorías axiológicas más insubstanciales, irrelevantes y socialmente vacuas.

Y, ciertamente, teoría substitutiva de JAKOBS no supone tanto una renuncia como una furiosa exaltación, de modo que, a su pesar, viene a realzar, más que a humillar, la relevancia de la función valorativo-tutelar de del Derecho Penal. En efecto, si entender por victimización una lesión de bien jurídico supone ya un intenso nivel de abstracción,[95] la del *quebrantamiento de la norma* supone la metaforización de la metáfora, la más radical apelación a un tropo jurídico para aludir a un fenómeno social.[96]

95 ESSER, Albin, "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima", traducido por Manuel CANCIÓ MELIÁ, en *Temas de Derecho Penal y Procesal*, Lima, 1998.

96 Ni siquiera se eximen de sublimación metafórica los bienes jurídicos naturales, toda vez que JAKOBS afirma impertérrito que el sujeto se hace ser humano por la norma, y la vida humana sólo por la norma adquiere valor social. Matar a otro, entonces, es revelarse contra la norma que lo hace intangible. *Vid.* Günther JAKOBS, "Sociedad norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional", traducción de Manuel CANCIÓ MELIÁ y Bernardo FEIJOÓ SÁNCHEZ, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año V, núm. 9.

El doble rizo metafórico del funcionalismo supone el establecimiento de la máxima distancia racionalizada entre lo concreto y lo abstracto, la abolición, en suma, de aquel *reino intermedio entre el polvo y las estrellas*, del que nos hablara RADBRUCH. La pulsión entre lo abstracto y lo concreto es una lucha consustancial al ordenamiento jurídico penal, siendo la norma un triunfo de la generalización que, sin embargo, viene transida por las demandas de lo específico, argumento central de ENGISCH en su conocida tesis sobre la concreción en el Derecho. *Vid.* Karl ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y en la Ciencia jurídica actuales*, estudio preliminar y traducción de Juan José GIL CREMADES, Pamplona 1968.

Sobre la exigencia de contrastar de forma constante caso concreto y criterio legal, que deriva de la naturaleza normativa del bien jurídico, ha llamado la atención Miguel POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Anales de la Universidad de Sevilla, Serie: Derecho, Sevilla, 1974, págs. 270 y sigs., 273 y sigs.; ID., *El injusto típico en la Teoría del delito*, Presentación del Prof. Dr. Jorge Eduardo BUOMPADRE, Prólogo del Prof. Dr. Edgardo A. DONNA, Mario A. Viera, Editor (MAVE), Corrientes, Argentina, 2000, págs. 496 y sigs.

La metafórica norma de JAKOBS no supone una auténtica alternativa, sino una maximización: la vigencia de la norma, que se autotutela, no es sino un indecible y titánico bien jurídico. A diferencia de los *bienes jurídicos* simples, el *bien jurídico penal* es el aseguramiento de las expectativas normativas: la seguridad de la norma, la norma misma (pues, como él afirma, entre la existencia del bien y su seguridad no hay diferencias lógicas o valorativas).[97]

Es cierto, como apunta JAKOBS, que muchas de las críticas que se hacen a la tesis funcionalistas son extensibles a las teorías del bien jurídico.[98] Pero el autor, más que ofrecer una alternativa, fagocita la dogmática del bien jurídico, incorporando a sus planteamientos gran parte de los déficits que él mismo les ha atribuido.

Así, la inconcreción, propia de bienes de gran superficie, pues no habría un bien de mayor superficie que éste de la intangibilidad normativa; la imposibilidad de reflejar en la lesión de la norma, no sólo los deberes negativos de alzarse contra las expectativas, sino los positivos que ordenan actuaciones conforme a expectativas. Y si, la doctrina del bien jurídico no puede delimitar la infracción moral frente a la lesión de un bien, menos aún se hará ello desde la defensa de la norma, como único bien (en tanto las normas morales se normativicen, la fusión será inevitable).

La norma, siguiendo a JAKOBS, no es un bien inespecífico, difuso e incompleto, pues delimita un orden de convivencia social. Pero la indefinición y parcialidad, en el nuevo esquema, simplemente se ha desplazado: ahora tenemos una esfera de circunferencia bien trazada, pero con centro en

97 JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, pág. 152.

98 Crítica que el concepto de bien jurídico viene encajando desde tesis como la de Alessandro BARATTA, "Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal", en *Política criminal y reforma del Derecho Penal*, Bogotá, 1982, págs. 45 y sigs.

ninguna parte. En este sentido, asistimos a lo que POLAINO NAVARRETE ha calificado de extraño —y gratuito— fenómeno de trascendencia.[99]

Las bondades de este planteamiento funcional no pueden buscarse, de ningún modo, en su contraste con la dogmática del bien jurídico. Menos aún residen en su mejora o correción. Con todas sus contradicciones la categoría técnica de bien jurídico sigue siendo un modo estable de anudar lo general y lo concreto. Su carácter objetivo substancial hace que normativamente no pueda ser entendido como puro paradigma general y abstracto desvinculado de la realidad existencial y ajeno al mundo exterior del ser.[100]

Los indudables aciertos que pueden apuntarse las teorías de JAKOBS lo son, precisamente, en tanto permiten conciliarse o aliarse a la esencial misión penal de tutela de bienes jurídicos.

Según hemos comprobado, cuando JAKOBS alude a un Derecho Penal desarrollado en la comunicación, es para identificar a los actores como personas (la persona es la máscara: personas son los portadores de máscara social, de competencia jurídica) en el marco del sistema protector de expectativas.[101] Lo que hace el Derecho Penal es describir las condiciones de comunicación personal. Este planteamiento aporta la coordinación perfecta, la armonización de las competencias en el gran teatro del sistema jurídico. Y, en efecto, los partícipes de la comunicación, en JAKOBS, se comportan me-

---

99 POLAINO NAVARRETE, Miguel, "Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho Penal", en José Luis DÍEZ RIPOLLÉS / Carlos Ma. ROMEO CASABONA / Luis GRACIA MARTÍN / Juan Felipe HIGUERA GUIMERÁ (Editores), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 111.

100 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la Teoría del Delito*, Presentación del Prof. Dr. Jorge Eduardo BUOMPADRE, Prólogo del Prof. Dr. Edgardo A. DONNA, Mario A. Viera, Editor (MAVE), Corrientes, Argentina, 2000, págs. 497 y sigs.

101 JAKOBS, Günther, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año V, núm 9, pág. 49.

diados por su particular carga de sentido, como los estereotipados personajes de un auto sacramental.

X. Transgresión y pena: expresión simbólica en la teoría de la prevención general positiva

Planteado ya el sistema, marco de la comunicación, comprobaremos cómo valora Jakobs la actuación de infractor, sociedad y víctima y qué sentido tiene la pena, en su concepto, como elocuente vehículo de expresión. Abordamos, a continuación, por ese orden los extremos simbólicos que contiene la doctrina de Jakobs en torno a la pena.

A) El infractor

Es notable la tajante radicalidad con la que alude al delito como portador de un proyecto globalmente alzado contra el diseño normativo de la sociedad.[102] La persona que actúa con incompetencia frente a uno de los múltiples deberes jurídicos se convierte, sin embargo, en una suerte de incompetente integral. Se le reprocha el haberse rebelado frente a la sociedad, en su conjunto, (siendo esa, como veremos, la esencia de la culpabilidad, en Jakobs).

La reformulación del concepto de legitimidad, en un sentido estrictamente funcional (lo que es válido para el sistema) arrastra la reformulación del concepto de infractor, como opositor de lo que es válido para el sistema: es *un infiel al ordenamiento*. El que no respeta a los demás como persona es individuo, no persona.[103] Configura un mundo[104] alternativo, un proyecto

102 Esta discutida categoría, sin embargo, ha ido experimentando variantes. *Vid.* Enrique Peñaranda Ramos, "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto del delito", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, págs. 298 y 320.

103 *Vid.* un sistemático desarrollo de la idea de persona en la teoría funcionalista de Jakobs, en Miguel Polaino Navarrete, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal*, 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, págs. 49 y sigs.

antijurídico que se opone al social. jurídico. Al hacerlo, obra como un sujeto individual, despersonalizado, no social. Su iniciativa sirve para hacer de él un rebelde, entendido como hombre de acción (antijurídica). Esta visión trascendente del hecho delictivo conduce a que un vulgar infractor se reconvierta un actor de alternativas individuales. Por esa conversión, el hurto de un pobre diablo se reinterpreta como el robo de *Prometeo*. No obra como persona sino que se quita la máscara social (la máscara de persona)[105] y se entroniza a sí mismo, aupando sus intereses por encima de los intereses de la masa.

Ciertamente, contrastes tan dramáticos como el de los fieles/infieles al ordenamiento[106] hacen que esta teoría quede lamentablemente inficcionada de un tenebrismo más bien antañón. Junto al impresionante sentido constructivo de los postulados de prevención integradora, se asienta, tan gratuita como inoportunamente, el maniqueísmo liberal-positivista de la *sociedad de justos frente al mal.*[107]

De otra parte, el esbozo del infractor se debilita a la hora de conciliar los aspectos formales del trazo con los inevitables aspectos materiales que el mismo suscita. POLAINO NAVARRETE plantea lo irresoluble del dilema de JAKOBS, en el momento de delimitar a un infractor al que se le exigen cuentas en

104 *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 40.

105 JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, págs. 38 y sigs.

106 El seguimiento de esta categoría polémica, la "fidelidad al Derecho", en la obra de JAKOBS induce a sus comentaristas a observar un declive en su relevancia. No obstante, en su obra "Sociedad, Norma, Persona..." resulta más que evidente que el autor no sólo no renuncia a ella, sino que la desarrolla más que audazmente. *Vid.* Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, 2001, pág. 171.

107 Una formulación liberal de la visión positivista del delincuente, hiperdimensionado ante una sociedad autoindulgente. *Vid.* comentarios sobre este maniqueísmo en Myriam HERRERA MORENO, *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Prólogo del Prof. Dr. Miguel POLAINO NAVARRETE, Edersa, Madrid, 1996, págs. 76 y sigs.

virtud de su personalidad, justo en el momento en que, precisamente, muestra un comportamiento despersonalizado. El híbrido sugerido por Jakobs (el infractor como sujeto *formalmente persona, materialmente individuo*), no resulta definido, lo cual no es consecuente, a juicio de Polaino.[108] Dado el estrecho paralelismo que constantemente establece Jakobs entre transgresión y sanción, pudiera derivarse la idea —grave en sus implicaciones— de pena en tanto tratamiento formal, como persona, del infractor, mientras materialmente lo trata como individuo, como pura naturaleza.

En esta línea crítica, la idea del infractor-infiel irradia su problematicidad a planos dogmáticos como el de la culpabilidad. Así, Jakobs alude a la acción del infractor como emanada de un *déficit motivacional*, (toda vez que el autor ha elegido en un sentido formal de libertad, no adecuar sus actos a lo prescrito por la norma). Sin embargo, queda sin resolver si este déficit del infractor se vincula a una incapacidad subjetiva, o, por el contrario, se relaciona con un puro ejercicio de infidelidad valorado desde perspectivas sistémicas.[109]

En este aspecto, como en otros que tendremos que ir revisando, es patente el modo en que la concepción funcionalista de la culpabilidad entra en el callejón sin salida de su exageración formalista. Pues, en efecto, si lo que se alude por *déficit motivacional* es un puro artificio del sistema, desli-

108 *Vid.* Miguel Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal*, 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, pág. 52.

109 En otras palabras: *¿Es persona quien tiene capacidad para ser fiel al Derecho, o quien ejercita la fidelidad al Derecho?* Polaino Navarrete aprecia, así, la abierta indefinición de este concepto. *Vid.* Miguel Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal*, 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, págs. 52 y sig.; Íd. *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la Colaboración de Miguel Polaino-Orts, Editorial Porrúa, México, 2001, págs. 39 y sig.

gado de la subjetividad del infractor, no estaremos ante una auténtica imputación subjetiva.[110] Esto es, no cuentan las capacidades del individuo sino las capacidades del sistema (el sistema nos tratará como culpables cuando no tenga otra alternativa, y dejará de hacerlo cuando se lo pueda permitir, en términos funcionales).[111] Ello supone acercar las concepciones de la culpabilidad al momento edípico de culpabilidad externada, que, curiosamente, piensa JAKOBS[112] que tiene ya superado el actual Derecho Penal.

En estos términos, la acuñación de la categoría del *infiel al ordenamiento* supone la asunción del infractor como "chivo emisario", simbolismo con que representa una figura reprochada, cuya responsabilidad es, en verdad más sistémica que subjetiva. Constituye una mediatización, en verdad, al servicio del sistema, que reporta a la sociedad utilidades estrictamente simbólicas.[113]

---

110 Ciertamente, según recuerda el propio JAKOBS, las teorías normativas de la culpabilidad supone una primera objetivación de la culpabilidad. Aportan una medida objetiva para medir al sujeto. *Vid.* Günther JAKOBS, "Sociedad Norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, Año V, núm. 9, pág. 47. El modelo de culpabilidad por él propuesto aporta una medida social que va a ser aplicada sobre una construcción social (como es la del ser persona o no-persona).

111 JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, pág. 29. La culpabilidad es, así, la suma de todos los presupuestos bajo los cuales la sociedad no puede asimilar una conducta desviada sin reacción formal.

112 JAKOBS, Günther, "Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma", *Revista del Poder Judicial*, núm 49, 1998, págs. 331 y sigs.

113 Han existido en todas las sociedades, siendo un común denominador que en todos los casos, se les haya operado un reproche atento a las necesidades simbólicas del sistema, y no a contingencias subjetivas. Esa constante social ha sido, ciertamente, verificada desde perspectivas antropológicas (en los clásicos trabajos de FRAZER) o antropológico-culturales tanto como denunciada en las modernas sociedades. *Vid.*, así, René GIRARD, *El chivo expiatorio*, Barcelona, 2002.

Ahora bien, si, por el contrario, se está aludiendo a un dato relacionado con la psicología del individuo, (carencial, desde el punto de vista psíquico) entonces es que la teoría se desmiente a sí misma, en su drástica militancia formalista: asistimos, entonces, a un implícito *reconocimiento de un dato preexistente de conciencia.*[114]

B) Víctima y sociedad

Se puede decir que el modelo de la prevención general positiva se elabora sobre un bastidor nítidamente victimológico; es decir, tomando como base la perspectiva de la víctima y la sociedad perturbada, en tanto víctima potencial.[115] Ciertamente se podría trazar un paralelismo entre los modos victimológicos de abordar la victimación y que despliega la prevención general integradora para acometer la perturbación comunicativa obrada por el delito.

El tratamiento asistencial a la víctima, precisamente, intenta facilitar medios socialmente cohesivos y de autoafirmación alternativos al de la devolución del mal, salvando la perturbación vital y "encapsulando" al episodio, de tal manera que éste no expanda su dañosidad a otros ámbitos funcionales y temporales de su vida.[116]

Pues bien, en el plano de la afectación colectiva, la tesis de JÁKOBS se sitúa ante una disyuntiva similar: el delito (determinados delitos) abre en el cuerpo social una crisis de integración, genera desconfianza y sentimientos

114 GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "¿Dogmática penal sistémica?. Sobre la influencia de Luhmann en la Teoría Penal", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, núm. 23, 2000, págs. 260-261.

115 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas", en *Modernas tendencias de la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, 2000, pág. 566. En el mismo sentido, PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *o.u.c.*, pág. 314.

116 SORIA VERDE, Miguel Ángel, *Los servicios de apoyo a las víctimas. La víctima entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*, en M.A. SORIA VERDE (Compág.), pág. 157.

de vulnerabilidad, creando un vacío emocional cuya más inmediata y fácil resolución es a través de la pena retributiva.

En esta concepción, sin embargo, no es la aflicción de la pena, la privación de derechos, la devolución del mal, lo que se asume como modo de rehabilitar o reequilibrar a la sociedad (lo que sería estrictamente una feroz celebración retributiva). Lejos de eso el factor central que reúne, reintegradoramente, a los ciudadanos es el apercibimiento de que el sistema permanece activo, que la normalidad y seguridad no han sido conculcadas, que el conflicto, en definitiva, se ha canalizado de un modo previsible, formal y legítimo.[117]

La dañosidad del delito, que proyecta una imagen amenazadora, muchas veces deformada, sobre la confianza en el orden social, regresa a su dimensión real, ante la colectividad, y queda ciertamente "encapsulada", eliminándose toda sobredimensión o morbosa expansión a otros ámbitos del tejido social.

Sin embargo, esta perspectiva, simbólicamente bien perfilada, no deja de tener su contrapartida. Se contempla a la víctima diluida en una comunidad que sólo está afligida idealmente, vicariamente, por el delito. La víctima es aquella persona a *cuya costa* se ha empeorado el mundo.[118] Esta idea implica asumir, en cierto sentido, una perspectiva instrumental de la víctima (quien ya había sido objetivada por el infractor).

De este modo, queda subsumido el daño injusto, sufrido por la víctima, en el daño moral causado a la colectividad. Se deja en olvido, o al menos, no se enfatiza, que la víctima es la persona más directamente signada por la perturbación, en un sentido simbólico no menos que material, puesto

117 La sociedad recupera, así, la moral perdida. *Cfr.* Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito / 1,* 2a. edic., Editorial Civitas, Madrid, 1996, pág. 79.

118 JAKOBS, Günther, "Sobre el concepto de delito contra la persona", traducción de Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, (manuscrito), pág. 7.

que es ella quien ha visto defraudada una concreta expectativa de comportamiento. A diferencia de la figura del infractor, subrayada hasta niveles histriónicos, la correlativa figura de la víctima queda, por el contrario, semienterrada en el fondo de una metáfora. Si la aplicación de la norma tiene la función de caracterizar al *delito como delito,*[119] no menos deberá *caracterizar a la víctima como víctima.*

Desde un punto de vista estrictamente victimológico, cabe, por ello, echar de menos un mayor relieve de la víctima en el plano de la comunicación normativa. En la resolución del conflicto criminal, la aplicación de la norma supone la consolidación no sólo de genéricas expectativas sociales, sino del íntegro *status* jurídico de víctima, que apareja el derecho a la normalización de sus relaciones jurídicas, a la reparación por el *empeoramiento de su mundo.*

Este déficit podría deberse, en buena parte, a que la potente presencia de la víctima, en un planteamiento que se quiere simbólica y abstracta, termine "ontologizando" o particularizando la perspectiva. Sin embargo, aunque se quiera enrasar simbólicamente a la víctima y a sus conciudadanos, emblemáticamente afectados como *víctimas potenciales*, la persona injustamente defraudada merecería que el Derecho reparara en ella como *primus inter pares.*

Esta idea, desde luego, queda contenida en la formulación de que el Derecho Penal asegura a la víctima que esperó correctamente. Es decir, revirtiendo la fórmula: *que fue injustamente defraudada.*[120] Pero a diferencia

119 PEÑARANDA RAMOS, Enrique, "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto del delito", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, pág. 298.

120 Ya la Victimología una vez denunció cómo la abstracción científica del bien jurídico implicó, para la víctima, el primer paso para la evaporación de su realidad ante el Sistema jurídico penal. *Vid.* Myriam HERRERA MORENO, *La hora de la víctima. Compendio de Victimología,* Prólogo del Prof. Dr. Miguel POLAINO NAVARRETE, Edersa, Madrid, 1996, págs. 69 y sigs. La idea de la seguridad de expectativas normativas es, como vimos, la espiritualización de la metáfora previa del bien jurídico.

de otras implicaciones convocadas, de forma latente o manifiesta, por la aplicación del Derecho Penal ésta (la idea del reconocimiento público *del status jurídico de víctima*) no queda sino someramente esbozada. Por ello, hubiera sido más coherente y completo profundizar en la normativización del concepto de víctima, para involucrarlo en la comunicación de una forma más específica.

En efecto, éste es ciertamente, un aspecto descuidado en una teoría que asume haber bebido hasta los posos del cáliz normativista. Si, por efecto de dicho bebedizo, otras categorías han sufrido, para bien o para mal, una notable transmutación (así, infractor, hecho criminal y pena), no ha ocurrido lo propio con la figura de la víctima. En sus planteamientos en torno a la función penal, así como en su teoría general de la imputación, la *víctima* es asumida en un sentido naturalista: no la que sufre un menoscabo injusto en sus derechos, sino, simplemente, quien padece una lesión o menoscabo. Más allá, incluso, de las actuales elaboraciones victimológicas, que han procurado mantener la categoría dentro de lo estrictamente penal.

Así, para JAKOBS, *víctima* es indistintamente, quién sufre una desgracia, natural o social, quién padece una lesión cuyos costes debe ella misma afrontar, por su negligencia, o actuación a riesgo propio,[121] o quien merece íntegramente que se le reconozca un *especial status* jurídico por haber visto defraudada sus legítimas expectativas. Hay sujetos que sufren un menoscabo en sus bienes y sujetos que sufren un menoscabo en sus derechos: todos son *víctimas*.[122] A la voz *víctima* se reconduce, así, aquel que resulta partido por un rayo, el que sucumbe en el curso de una acción de legítima defensa y aquel que es objeto de un asesinato. Esta ausencia de diferenciación resulta perturbadora, además de injusta, ya que concita, gratuitamente, la idea de

121 *Vid.* Günther JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch,* 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1991, 7/124, 7/129 y 29/53 y sigs.

122 *Vid.* Günther JAKOBS, "Sobre el concepto de delito contra la persona", traducción de Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, (manuscrito), pág. 12.

"estandarización", evaluación y jerarquización de categorías de personas ilegítimamente lesionadas en sus derechos.[123] Cada vez más, los Códigos penales, y el nuestro es buen exponente de ello, asumen la referencia a la *víctima* en su acepción jurídico-penal y victimológica: ésta integra la condición de sujeto pasivo, titular del bien jurídico conculcado y eventual titular de un efectivo conjunto de derechos de signo variado.[124]

Pero si, por razones de eficacia dogmática, se prefiere vincular el término *víctima* a su significado material, se incurre en un déficit cuando no se acuña una figura conceptual que refleje esa especial condición de *víctima transida por lo normativo*. Es con ella con quien comunica la norma penal cuya vigencia se confirma, revalidando su condición de persona, y declarando ante la sociedad que fue injustamente defraudada en sus expectativas.

C) La pena

1. Planteamiento

El lenguaje normativista de JAKOBS, en su militancia funcional, es casi ascético. Sus impresionantes planteamientos se formulan de un modo implacable, porque, como el autor mismo se cuida de aseverar, carece de inflexiones

123 Siendo así que muchos de los casos que pueden imputarse a la víctima, en un sentido natural, no podrían reconducirse a esta figura, en puridad, si se mantuviera una formulación normativa del concepto. De este modo, podría soslayarse el inevitable rechazo victimológico, directamente relacionado con la idea de "victim blaming" o inculpación de víctimas, que suscita este modo de imputación. *Vid.* Josep Ma. TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho Penal*, Pamplona 1998, págs. 34 y sigs.; Manuel CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidades de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona 1998, págs. 233 y sigs. Sólo una normativización de aspectos victimológicos puede ofrecer la justa salida al llamado "dilema victimológico" (que el autor del menoscabo afronte costes excesivos frente a una injusta responsabilización de toda víctima no fungible, por el mero hecho de su implicación personal en la criminodinamia).

124 TAMARIT SUMALLA, Josep Ma., *La víctima en el Derecho Penal*, Pamplona 1998, págs. 149 y sigs.

emotivas: se pretende *neutro y excluyente de utopía*. Renuncia formal y reiteradamente a toda connotación material e intenta tener a raya cualquier impregnación de significados psico-psíquicos, impropios de una dogmática estrictamente proyectada hacia el sistema normativo.[125] Sus postulados, entonces, adquieren un cariz adusto, o cuando menos, ideológicamente, poco seductor: son "poco simpáticos", como el propio autor parece admitir.[126] El penalista comprende, por otra parte que este severa disciplina en lo normativo es *lo más chocante* de toda la teoría funcional.[127] Sin embargo, el autor insiste en la veracidad de su visión funcional: Todo lo demás es romanticismo.[128]

Un destacado sector de penalistas reprocha a JAKOBS, precisamente, tal renuncia a incorporar a sus planteamientos el *componente emocional de la defraudación* que produce la infracción de la norma.[129] JAKOBS —se argumenta— no toma en consideración la ruptura de la esperanzas normativas, las "ilusiones perdidas" de una sociedad desconfigurada (normativamente desconfigurada) por el hecho delictivo, en suma, lo que se ha dado en calificar como el *componente sentimental de la defraudación.*[130]

Pero ¿es ello así realmente? En otras palabras: ¿mantiene JAKOBS esa descarnadura normativista, en sus conocidísimas referencias dogmáticas? El lenguaje figurativo, efectivamente, trasciende del contenido material de

125 *Vid.* Günther JAKOBS, "¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal,* Instituto Peruano de Ciencias Penales, núm 1, año 2000, pág. 166.

126 JAKOBS, Günther, *ibidem.*

127 JAKOBS, Günther, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año V, núm. 9, pág. 49.

128 JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, pág. 30.

129 KINDHÄUSER, Urs, "La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad", en *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penal*, núm. 1, año 2000, pág. 210.

130 KINDHÄUSER, Urs, *o.u.c.*, pág. 210.

la palabra, para adquirir uno nuevo, representativo y estilizado. Pero el fondo psico-social de los términos elegidas por JAKOBS pesa demasiado como para que el penalista pueda remontarlo o zafarse de él, absorto en su "torre de marfil" normativista. Trabajar con palabras tan emotivamente significadas ("expectativa", "estabilización", "reintegración", "defraudación", "marginalización") o culturalmente cargadas ("persona", "fidelidad", "identidad social") tiene sus inconvenientes, cuando un autor profesa en lo funcional-normativo.

Se ha dicho empero que se trata sólo de préstamos terminológicos, que vienen a transfigurarse por la aplicación normativista. Así, por ejemplo, la expectativa es, de entrada, un fenómeno puramente psicológico que, desde luego no tiene contenido normativo. Una expectativa deviene normativa cuando se ha visto estabilizada a través de su incorporación a una norma.[131]

Pero en los planteamientos de prevención general integradora, será muchas veces innegable la conexión entre la idea de expectativa jurídica (quebrantada) y la actitud anímica de una sociedad que espera (y se ve defraudada). No parece estrictamente correcta, así, la aseveración de que el componente psíquico presente en el conflicto penal, no impregne las categorías de JAKOBS. Desde luego, no es idéntico el matiz, o la asepsia normativista, cuando JAKOBS alude a la pena como estricta comunicación de la *corrección de expectativas* (en una sumisa transposición de la correlativa idea *luhmanniana*) que cuando la nombra por sus *efectos fortalecedores sobre las convicciones de la población* en torno a las condiciones de vigencia de las normas.[132]

En más de una ocasión esta vertiente asoma, por más que el propio autor parezca, se diría, como avergonzado de sus "debilidades", y termina

131 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?, Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas", en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho y en la Criminología*, UNED, 2000, pág. 566.

132 *Vid.* Günther JAKOBS, "¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Instituto Peruano de Ciencias Penales, núm 1, año 2000, pág. 152.

catalogándolas como factores eventuales, secundarios o latentes.[133] De ella, precisamente, se ha generado la crítica a la vertiente moralizadora de la obra de JAKOBS. Y de ahí que, igualmente, que no pueda afirmarse terminantemente que las concepciones de WELZEL no tengan presencia en las concepciones del que fuera su discípulo.[134]

Estimo, sin embargo, que en menoscabo del empaque funcionalista, los guiños al sistema psico-social hacen esta doctrina más "simpática", en el propio sentido que da el autor al término (aunque ello suscite, por supuesto, otro género de controversias)

En otras ocasiones, por el contrario, serán sus propios seguidores los que sientan una suerte de "mala conciencia" , e intenten minimizar las resonancias de categorías tan ambiguas como las de fidelidad al Derecho,[135] y las minimizan como supuestamente "ya superadas" (incluso pasando por alto que el propio autor las sostiene aún, paladinamente).

---

133 JAKOBS, Günther, "La Ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente", traducción de Teresa MANSO PORTO, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 20, 1999, págs. 136 y sigs.

134 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Fundamentos del sistema penal,* Valencia 1996, pág. 456.

135 De ahí que los apologistas de esta doctrina adviertan que "los aspectos de fidelidad al Ordenamiento" son abandonados por JAKOBS en sus más recientes versiones, así como "los efectos socialmente integradores (cognitivos) son reconducidos por este autor a la esfera de una supuesta *función latente* de la pena". *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal,* 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, pág. 202; ÍD. *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 200. Este abandono no es tan evidente para los críticos de la visión funcionalista. *Cfr.* Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001, pág. 169.

La presente teoría simbólica destaca la idea de pena como recurso altamente enfático (Antón ONECA había aludido a su *elocuencia*), dirigido a la reafirmación del mensaje normativo. Su expresividad tiene un sentido contrafáctico, que neutraliza la expresividad fáctica del infractor. Como tal recurso expresivo, ha de aspirar a producir determinadas reacciones socialmente emotivas. El hablar de confianza o seguridad *normativa* no alcanza a encubrir totalmente la alusión a las percepciones psíquicas de la sociedad frente a la norma. Pues, al cabo, la compenetración social con la norma es una esencial condición de vigencia normativa, siendo sólo este consenso el que le presta su genuina validez simbólica.

Es evidente cómo en ningún sentido JAKOBS concibe la pena como transmisión desapasionada y mecánica (es decir, sistémica) de un mensaje. Todas sus referencias a las funciones de la pena se proyectan, inequívocamente, sobre el plano de la psicología social. No puede ser de otro modo, ya que todas ellas, en mayor o menor medida, se abocan a mantener a la sociedad identificada con el símbolo que las representa. En efecto, la *Prevención general positiva* descansa, precisamente, en la consolidación de una conciencia social fiel a las normas.[136]

Así, convocar a la sociedad en torno a sus señas de identidad, y la llaman a identificarse con el orden normativo. Con ello, se potencia el estado social de apego al paradigma,[137] impregnado de componentes afectivos e instintivos. Esta intervención rebasa, como veremos, la presunta neutralidad normativista, quebrando, como observamos ya en el concepto de "infiel al ordenamiento", la disciplina radicalmente diferenciadora de sistemas que

136 JAKOBS, Günther, *Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, 1991, pág. VII.

137 De hecho, la Criminología más reciente conjetura que el fomento del sentimiento de apego emocional es la principal baza educativa, si no la única, en orden a la formación de una conciencia social respetuosa a los bienes jurídicos: así, por ejemplo, lo sostiene la llamada *"Teoría del arraigo"*, o, más correctamente, *"Teoría de los vínculos sociales"* (*"Social bond theory"*). *Vid.* Travis HIRSCHI, *Causes of delinquency*, Berkeley, University of California, 1969.

pretende tener a raya toda implicación del sistema psíquico en la teoría de la pena.

2. *Comunicación y lenguaje punitivo*

En el conflicto criminal se produce una disfunción comunicativa. El infractor se dirige fácticamente a la sociedad, y la pena supone un mecanismo contrafáctico dirigido a la misma sociedad desconfigurada. A despecho de lo que se le ha imputado al autor, JAKOBS no ha rehusado ofrecer un ejercicio justificador de la pura existencia de la pena, basándose, precisamente, en la teoría de las comunicaciones de LUMANN: Si el infractor ha objetivado la comunicación en un hecho, *también la condena ha de objetivarse, y esa objetivación tiene lugar mediante la pena.*[138]

JAKOBS es todo menos pródigo a la hora de desarrollar fundamentaciones, en parte, debido al conocido ejercicio de renuncia epistemológica, propio del funcionalismo sistémico. Sin embargo, sí resulta significativo el intento, aunque escueto, de explicar la respuesta punitiva del modo antes expuesto: una privación material que supone una objetivación de la comunicación, subsiguiente a la objetivación material que realizó el infractor.

Se trata, como vemos, de un planteamiento que establece las premisas, pero no la inmediata conclusión. Ésta podría establecerse teniendo el cuenta el plano donde se mueven los planteamientos del autor, teniendo en cuenta las premisas comunicativas que establece: *el hecho y la pena, por consiguiente, se encuentran en el mismo plano.*[139] Ese plano no puede ser otro que el de las comunicaciones significativas de LUHMANN.

En efecto, el funcionalismo jakobsiano ha asentado la doctrina de que el Derecho Penal —y con ello, *el instituto de la pena misma— no tiene otro*

138 *Vid.* Günther JAKOBS, "¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal,* Instituto Peruano de Ciencias Penales, núm 1, año 2000, pág. 169.

139 *Vid.* Günther JAKOBS, *o.u.c.*, pág. 169.

fundamento de legitimación que el de ser un producto propio de la comprensión comunicativa expresada jurídicamente.[140]

Tanto el delito como la pena se dirigen a un mismo destinatario: la sociedad.[141] El delito comunica ejecutivamente un proyecto de vida alternativo al social. La pena vuelve a dirigirse al mismo colectivo para reafirmarlo en la corrección de sus expectativas. Así, en los propios términos de JAKOBS, la *protesta contra las normas sociales-directas es contradicha mediante la pena.*[142] Y el hecho delictivo se entiende como una *pregunta que contiene una actitud negativa hacia la norma y hacia las condiciones de su vigencia fáctica*, siendo así que la pena *es la respuesta a esa pregunta desvalorada.*[143] La pena, así, parece entenderse como ejercicio de neutralización expresiva[144].

---

140 KINDHÄUSER, Urs, "La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad", en *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penal*, núm. 1, año 2000, pág. 208.

141 La pena tiene como destinatarios a todos los ciudadanos, para confirmar ante ellos la vigencia de la norma infringida. *Vid.* Enrique PEÑARANDA RAMOS, "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto del delito", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, pág. 296.

142 JAKOBS, Günther, "Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma", *Revista del Poder Judicial*, núm. 49, 1998, pág. 301.

143 JAKOBS, Günther, "Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, tomo XLV, fasc. 1, Madrid, pág. 214.

144 Es decir, el Derecho Penal precisa un recurso comunicativo parangonable en expresividad al hecho delictivo. El infractor se ha dirigido a la sociedad, comunicándole su proyecto a través de una usurpación de derechos. Así, "el hecho punible es un aporte comunicativo, una expresión de sentido". *Vid.* Günther JAKOBS, "Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma", *Revista del Poder Judicial*, núm. 49, 1998, pág. 301. El delito, que hace a la sociedad rehén de un perturbador individualismo, goza de una resonancia comunicativa de altísimo alcance e intensidad simbólica. La pena que tiene igualmente como destinatario a esa misma sociedad, ha de superponerse a la fuerza expresiva del delito.

A este respecto, MIR PUIG,[145] sin embargo, no comprende por qué, precisamente, ha de sobrevenir un castigo, lesivo y material, para recomponer la configuración social. En el mismo sentido, autores como PÉREZ MANZANO[146] y POLAINO NAVARRETE[147] no ven justificada la necesidad de una reacción precisamente penal, en su naturaleza e intensidad, como vía para recomponer el orden normativo quebrantado.

¿Sería posible, entonces, prescindir de las penas, modos expresivos objetivados a partir de privaciones de derechos? Con carácter particular, los equivalentes funcionales realizan ese cometido; con carácter general, la pena podría ser suprimida en una sociedad donde la simple reafirmación pública de la pauta de conducta institucionalizada tuviera tanto vigor que hiciera innecesario el refuerzo enfático de la pena. Esto puede ser un noble ideal, pero no por ello menos remoto. La general estabilización de expectativas

---

Por ello, se hace comunicativa a través de una privación de derechos, cargada de significación. *Vid.*, en similar entendimiento, aunque con un sentido crítico, Eugenio Raúl ZAFFARONI / Alejandro ALAGIA / Alejandro SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000, pág. 57: el delito sería una mala propaganda para el sistema, y la pena sería la forma en que el sistema hace publicidad neutralizante.

145 *Vid* estas críticas en Santiago MIR PUIG, "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", cit. por Enrique PEÑARANDA RAMOS, *o.u.c.*, pág. 302.

146 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, 1990, págs. 169 y sigs.

147 Así, se advierte que la función de mantenimiento de la vigencia de la norma no es, en todo caso, una función distintiva ni exclusiva del Derecho Penal. *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal*, 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, pág. 208; ÍD. *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la Colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001, págs. 201 y sigs.

jurídicas sin penas[148] reclama, como condición previa, un estado de extrema sintonía con la norma que está lejos de sentirse en la sociedad actual.

3. *La función manifiesta de la pena en sus diferentes formulaciones*

a) *La pena confirma ante la sociedad la vigencia de la norma*

Es ésta la función original, prioritaria y expresa del Derecho Penal, en una particular versión *jakobsiana* de la *autopoiesis* del sistema normativo. La pena es el instrumento de un sistema punitivo autoreferenciado. La pena confirma la vigencia de la norma, garantizando las condiciones de su vigencia. Más incisivamente, en la propia expresión de la pena ya se inscribe ese ejercicio de confirmación y garantía, sin necesidad de que se sumen mayores efectos .

Sobre un substrato *hegeliano*, JAKOBS[149] desarrolla una de las teorías sobre la función de la pena más audaces, y, por ende, controvertidas, de la modernidad penal. La idea del delincuente como negador de la voluntad de la norma, por la imposición de su voluntad individual, y el sentido restable-

148 Ya constituye un *éxito* social el que la mera manifestación normativa del derecho/deber sirva para estabilizar expectativas, impidiendo *ex ante* su defraudación por los ciudadanos. *Vid.* Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas", en *Modernas tendencias de la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología,* UNED, 2000, pág. 570. Ahora bien, que, rota la confianza, esta misma reformulación pueda valer, por sí misma, para la estabilización, no parece aún fácilmente viable. Sobre todo, en relación un gran número de delitos de enorme impacto expresivo, que tan devastadoramente minan la confianza social. En tales casos, hay que integrar una carencia, un grave déficit cognitivo, de un modo que, llevadas a términos constructivos, canalice las fuertes pulsiones retributivas que, a ese fin, surgen espontáneamente en la sociedad.

149 JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und Die Zurechnungslehre. Lehrbuch,* 2, neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, 1991, págs. 22 y sigs.; ÍD. "Sociedad, norma y persona en una teoría del Derecho Penal funcional", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJOÓ SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1996, págs. 15 y sigs.

cedor de la imposición de la pena llega, en JAKOBS, a un desarrollo particularmente fecundo en consecuencias.[150]

Así, para JAKOBS,[151] la pena confirma la identidad normativa de la sociedad. La actuación *disruptiva e individualista* del delincuente sume a la sociedad en una suerte de crisis de identidad, o, por mejor decir, de identificación con su ordenamiento.

Frente al puro hecho, la pena supone un resorte normativo *contrafáctico*, y asimismo un mecanismo de aseguramiento *cognitivo* (refuerza la confianza social en la norma conculcada) que incide básicamente en la conciencia de los ciudadanos. Delito y pena son, así, los términos representativos de un tenso coloquio entre el infractor y el Ordenamiento. Toda vez que son interlocutores que no hablan el mismo lenguaje (el lenguaje de los hechos se enfrenta al lenguaje normativo) es precisamente la pena el factor que obra esa traducción, esa singular versión punitiva del "*da mihi factum, dabo tibi ius*".

La pena es revalidación y confirmación del orden normativo quebrantado. Por el ejercicio punitivo, la norma penal se estabiliza afirmando ante todos su carácter imperturbable, su carácter *sacro* (es decir su normatividad inviolable por la pura facticidad).

Este planteamiento parece reproducir el conocido esquema circular del *eterno retorno*, en el que la repetición simbólica opera como regenerador:[152] la ordenación normativa, auténtica cosmogonía, es desconfigurada por el caos de la transgresión. En una sociedad basada en expectativas de respeto, la infracción acarrea la perplejidad y la frustración por la *ruptura de la lógica del sistema*. La repetición simbólica (en este caso, el acto de comunicación revalidante) regenera el tiempo, devuelve intacta la

150 *Vid.* Günther JAKOBS, *l.u.c. Cfr.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *o.u.c.*, págs. 200 y sigs.

151 *Vid.* Günther JAKOBS, *l.u.c. Cfr.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *o.u.c.*, págs. 201 y sigs.

152 *Vid.* Mircea ELIADE, *Le mythe de l'eternel retour. Archétypes et répétitions*, 1951 (hay traducción de Ricardo ANAYA, *El mito del eterno retorno. Arquetipos y repetición*, Barcelona, 1985).

reserva de fuerzas vitales, tal como eran en su "pureza cosmogónica".[153] Se trata, así, de una auténtica reposición de la intangibilidad propia del momento normativo-constitutivo.[154]

En este sentido la prevención integradora soporta las mismas objeciones que el paradigma del eterno retorno: su circularidad,[155] su conservadurismo *que se opone a cualquier progreso humano y paraliza toda espontaneidad creativa*[156] (reformista, en el caso de la prevención integradora).

En todo caso, JAKOBS deja bien claro que el sentido de la pena es estrictamente simbólico. Lo que se previene que el caos y la desconfianza hagan inviable el proyecto social que incorpora la norma. Habla entonces de un Derecho Penal reparador *sui generis*. Sabido es el Derecho Penal no recompone la lesión de ningún bien jurídico lesionado, y, sólo a duras penas, podrá garantizar que no vayan a lesionarse otros en el futuro. *¿Y si se utilizara la pena para reparar aquel daño que sí es susceptible de eliminar?*[157]

---

153 ELIADE, Mircea, *The sacred and the profane. The significance of religious myth, symbolism and ritual within life and culture,* 1961, págs. 80 y sigs.

154 Efectivamente, las disposiciones del ordenamiento tienen ese central carácter *constitutivo* que la conducta del infractor pone en entredicho. La pena aclara a la sociedad que la acción criminal no está dotada de esa potencialidad constitutiva. Sobre el sentido *constitutivo* de la ordenación normativa en el pensamiento de JAKOBS. *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal,* 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, pág. 205; ID., *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la Colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001, págs. 201 y sigs.

155 SCHÜNEMANN, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Bogotá, 1996, pág. 121.

156 ELIADE, Mircea, *o.u.c.*, pág. 90.

157 *Vid.* Günther JAKOBS, "¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal,* Instituto Peruano de Ciencias Penales, núm 1, año 2000, págs. 166.

Sin embargo, la reintegración simbólica tiende puentes a la reintegración de índole psico-social, a través de la teoría del *daño moral*, formulada por CARRARA, cuyo parentesco con las teorías de JAKOBS ha sido tantas veces evidenciado.[158] La sociedad descorazonada por el delito, minada su confianza en el ordenamiento, y en este sentido, desocializada, vuelve a cohesionarse en el momento social de la aplicación de la pena.

El maestro José ANTÓN ONECA, sucesor en la cátedra salmantina de Pedro DORADO MONTERO, fue un inmediatísimo precursor de esta vertiente de la prevención integradora, en tanto la considera a la pena expediente para *restaurar la tranquilidad*, así como para *afirmar y fortalecer la moral social*, en una comunidad disgregada por el miedo al delito.[159]

b) La pena revalida la identidad normativa de la sociedad

La idea de identidad remite incuestionablemente al perfil cultural que identifica y caracteriza a la sociedad. Aunque se trate de una identidad versionada por la norma jurídica, su componente naturalista es incompatible con un centrifugado simbólico tan reductor. La idea de identidad, al menos en el sentido que HEGEL confiere al concepto, remite directamente a cultura, historia, valores, y autopercepciones sociales de amplio espectro. Estas notas componen las señas definidoras materiales de una sociedad, y si pretenden denotarla sobre el plano normativo, la norma ha de tomarlas en cuenta. Pero en la tesis de JAKOBS, tras la estela de LUHMANN,[160] no hay alusión a la natura-

158 PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *o.u.c.*, pág. 304.

159 ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, págs. 479 y 480.

160 Asistimos aquí a una de las frecuentes contradicciones en que se incurre al barajar conceptos acuñados en sedes tan distintas como la filosofía Hegeliana y el funcionalismo sistémico. Puesto en esa disyuntiva, JAKOBS parece estar operando con el concepto de HEGEL (señas materiales de identidad), pero se mantiene en la terminología abstracta de LUHMANN, rehusando entrar a definir. *Vid.* Juan Antonio GARCÍA AMADO, "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la Teoría penal", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, núm. 23, 2000, pág. 256.

leza de esos rasgos, que terminan por perder su esencia, su capacidad definidora, en ese alquitarado proceso de abstracción.[161]

Ahora bien, si no está claro cuál es, en concreto, el modelo substantivo de sociedad que el Derecho Penal defiende, tampoco podremos saber cuándo el Derecho le es funcional. Esto es: surge el problema de saber cuándo la norma ha sintonizado con la identidad normativa, o cuándo, por el contrario, el Derecho Penal es disfuncional, pues se está ocupando de normas que no pertenecen al núcleo de la identidad normativa.[162] Ésta no es una cuestión evidente ni absoluta en una sociedad en permanente búsqueda de su identidad. Como bien se ha dicho, la presente tesis se ve en la disyuntiva de perder su neutralidad o incurrir en un déficit que lastra gravemente sus planteamientos.[163]

c) *La pena opera la estabilización de expectativas jurídicas*

La idea de la expectativa jurídica nace del esquema de deber social. El contexto normativo sobre el cual solidifica toda sociedad es el de libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias.[164] Sólo sobre esta pla-

161 De ahí lo extraño de referirse a esa identidad normativa, obviando la pura existencia de los valores sociales que la caracterizan, y que el Derecho debe proteger. *Vid.* Miguel Polaino Navarrete, "Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho Penal", en José Luis Díez Ripollés / Carlos Ma. Romeo Casabona / Luis Gracia Martín / Juan Felipe Higuera Guimerá (Editores), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir,* Tecnos, Madrid, 2002, pág. 111.

162 Silva Sánchez, Jesús-María, "Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, enero de 2000, pág. 99.

163 Silva Sánchez, Jesús-María, págs. 98 y 99.

164 La noción de expectativa se inserta en la sociología funcionalista *luhmaniana*: Luhmann, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3. Auflage, Opladen, 1987, págs. 27 y sigs.

taforma, que se erige en institución social elemental,[165] cabe esperar comportamientos jurídicos. La expectativa, que vincula a la persona en cuanto ser social, contrasta con la idea de coacción, que sólo vincula fácticamente.[166]

A través de la norma penal, se enuncian las situaciones desvaloradas, cumpliéndose una "misión informativa" aplicada a la prevención,[167] puesto que todas las personas "tienen que saber lo que deben esperar en estas situaciones".[168]

En efecto, la fuerza que flanquea la aplicación de la pena puede reforzar la comunicación social, pero sólo de modo latente y secundario. Intimidar no es la función principal de la pena, aunque sea compatible con ella.[169] La expectativa, eventualmente, podrá contar con el refuerzo de la intimidación, pero contará igualmente con otros refuerzos sociales (de tipo educati-

---

165 *Vid.* Günther JAKOBS, "Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik", (manuscrito), "La idea de normativización en la Dogmática jurídico-penal", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, pág. 8.

166 La idea de pena-garantizadora de expectativas, o pena positivamente integradora se opone, así a la idea de la pena-intimidación, enteramente apoyada sobre la potencialidad del despliegue de fuerzas. Para JAKOBS, así, no se ocupa el Derecho Penal de la dirección de conductas sino del aseguramiento de expectativas. JAKOBS rechaza la noción del contrato como génesis del Estado, que invoca al ciudadano de un modo irrespetuoso: como individuo, como no-persona; el contrato sería la metáfora de un cálculo individual inteligente, que ve garantizada su vida a costa su no oposición a un orden efectivamente establecido. *Vid.* Günther JAKOBS, "Sobre la génesis de la obligación jurídica", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, pág. 345.

167 KAUFMANN, Armin, *Política criminal y reforma del Derecho Penal*, Bogotá, 1982, pág. 127.

168 JAKOBS, Günther, *Strafrecht*, cit., pág. 9.

169 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas", en *Modernas tendencias de la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, 2000, págs. 566 y sigs.

vo o moral, religioso) que influyen decisivamente en la creación de un entorno favorable al cumplimiento de la norma.[170]

Estrictamente hablando, el cómo llegue la persona al cumplimiento del deber, como dice Jakobs, es *asunto suyo*,[171] un asunto en el orden normativo no debe interferir. Pero el *mayor éxito* del sistema, tal como ha sido evidenciado, es precisamente, la estabilización de expectativas sin penas, en virtud de la mera manifestación del derecho deber que la norma incorpora:[172] esto equivale, así, al cumplimiento de la norma en virtud del estricto valor sacro (socialmente representativo) de la norma-símbolo. Antes de que la expresividad punitiva "borre" la expresión criminal, la expectativa es asegurada desde la propia enunciación jurídica, desde la *propia dimensión expresiva inherente a la institucionalización de la expectativa.*[173]

Según Jakobs ha entendido la función de prevención general positiva, la pena no va enderezada a hacer generar en la colectividad la idea de que "*el delito no compensa*"[174] (el moderno "*crime doesnt't pay*" de las llamadas

170 Las modernas teorías del control secundan, desde la Criminología, la bondad de la estructura normativa expresada en expectativas. Lo que más incisivamente condiciona la evitación de lo inadecuado es el hecho de que se espere de un individuo el comportamiento apropiado. Desde la niñez, el tener expectativas que defraudar informa más positivamente el comportamiento humano que las barreras impeditivas de una ordenación de voluntad, por radical y coercitiva que sea. De ahí, estas corrientes advierten cómo, en aquellos que acatan reglas, lo decisivo no es el miedo a quebrantar un mandato, por el castigo, sino la sensibilidad a las expectativas. *Vid.*, sobre estas corriente, Antonio García-Pablos de Molina, *Tratado de Criminología*, Valencia, 1999, págs. 762 y sigs.; José Cid Moliné / Elena Larrauri Pijoan, *Teorías criminológicas, Explicación y prevención de la delincuencia*, Barcelona, 2001, págs. 181 y sigs.

171 Jakobs, Günther, *o.u.c.*, pág. 343.

172 Silva Sánchez, Jesús-María, *o.u.c.*, pág. 570.

173 Silva Sánchez, Jesús-María, *o.u.c.*, pág. 569.

174 Polaino Navarrete, Miguel, "Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho Penal", en José Luis Díez Ripollés / Carlos Ma. Romeo Casabona / Luis

teorías criminológicas *económicas* del delito[175], entre ellas la de la *elección racional*, que el propio JAKOBS[176] enuncia para apartarse de ella), pues ello vale tanto como abordar al sujeto como mero animal inteligente.[177] En oposición la idea de persona es una construcción que denota al ser humano mediado por la sociedad, titular de derechos y deberes.

Pero, una vez más, este planteamiento no está exento de impregnación emotiva. En realidad, el contraste de perspectivas en torno a la pena no es sino la consecuencia de un esencial contraste acerca del el tono anímico de la comunicación penal.[178] De una parte, la respetuosa transmisión del sentido correcto de la actuación, la comunicación *personal*, orientadora de lo que puede esperarse del ciudadano.[179] El abordaje normativo a una sociedad integrada por personas, que tienen en *la norma —y no en la sanción—* el

---

GRACIA MARTÍN / Juan Felipe HIGUERA GUIMERÁ (Editores), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 119.

175 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 4a. edic., corregida y aumentada, Valencia, 2001.

176 *Vid.* Günther JAKOBS, "Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik", (manuscrito), "La idea de normativización en la Dogmática jurídico-penal", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, pág. 3.

177 Coincidente con el práctico "*homo phaenomenon*" *kantiano*, JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, pág. 2.

178 Así, PEÑARANDA RAMOS evidencia que el funcionalismo, partiendo de un concepto de culpabilidad no utilitarista, aborda al infractor desde una actitud participativa o dialógica, que lo trata como persona y no como objeto de un cálculo estratégico. *Vid.* Enrique PEÑARANDA RAMOS, "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto del delito", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, págs. 298 y 320.

179 Así, para SILVA, la norma partiría de la perpspectiva de *los que se centran en la norma como fuente de expectativas (orientación)*, que vendría a completarse con una vertiente *directiva de conductas*, en su caso complementaria. *Vid.* Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *o.u.c.*, pág. 567.

esquema determinante de la interpretación del mundo.[180] Así, el mensaje normativo, a diferencia de la pena que amenaza y conmina, no se *dirige* a la generalidad tratándola como *arsenal de futuros delincuentes potenciales*.[181] La admonición del mandato normativo recaba, por el contrario, una sumisión instrumental desde una ostentosa posición de fuerza.[182]

d) Pena integradora frente a pena retributiva

Como se viene observando, la entidad preventiva de estos postulados es, ciertamente, más bien escasa. Apenas se ofertada sobre las premisas, más bien ingenuas, de que la mayor cohesión social va a suponer, inexorablemente, una reducción o contención de las conductas delictivas.[183] En los últimos tiempos, sólo resulta, desganada o vagamente marcada, por JAKOBS

180 JAKOBS, Günther *o.u.c.*, pág. 344.

181 JAKOBS, Günther, "Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, tomo XLV, fasc. 1, pág. 214.

182 De ahí la importancia radical que cobra el sinalagna libertad / responsabilidad para JAKOBS. La pena queda ensamblada simbólicamente como una consecuencia que es coherente al modo en que se dispensa la comunciación penal. Si la norma se dirige al ciudadano, ser social, presuponiendo su libertad, tiene sentido que la infracción se entienda como defraudación. Si el mandato se dirige al ciudadano para aplastarlo con su impositividad, presuponiendo su egotismo e individualismo, la infracción portará entonces un sentido de *profecía autocumplida*.

183 Frente a conductas que han sido tradicionalmente legitimadas, es incuestionable que la vigencia de la norma logra (aunque nunca de forma aislada) una sensibilización, una homogeneización integradora de posturas frente al injusto, que posiblemente redunden en una menor criminalidad. Ello, sin embargo, no parece ser la regla general para todos los ámbitos de la criminalidad. La mayor o menor cohesión social puede ser, sin duda, un factor condicionante o modulador de las tasas de criminalidad, pero no etiológicamente determinante. Dicho en otros términos, como aduce POLAINO, la prevención se convierte, entonces, en una mera aspiración secundaria. *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal*, 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con

esta función evitativa de delitos.[184] El efecto integrador se reparte, efectivamente, en múltiples vertientes funcionales, dentro de las cuales la reducción de la criminalidad no es la inmediata o la manifiesta.[185]

La idea de prevención general positiva, que coadyuva, sin duda, a buscar un sentido rehabilitador al dolor de la sanción, no tiene, en suma, como ha puesto en evidencia POLAINO NAVARRETE, la entidad de *fin de la pena*, sino, en su caso, de *efecto-consecuencia*: un efecto que, por otra parte, no es exclusivo o distintivo de la norma penal, sino que puede producirse siempre que se afirma la Justicia y se aplica el Derecho.[186]

Ante estas observaciones, así como, en parte, por el rígido bastidor *hegeliano* en que se tensa esta teoría, se le atribuye, con cierta injusticia, un

---

la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Barcelona, 2001, pág. 126; ÍD. *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 122.

184 *Vid.* Günther JAKOBS, "La Ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente", traducción de Teresa MANSO PORTO, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 20, Escuela Judicial, CGPJ, Xunta de Galicia, Escuela de Verano del Poder Judicial, Galicia, 1999, págs. 119 y sigs. *Cfr.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal*, 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Barcelona, 2001, págs. 201 y sigs.; ÍD. *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la Colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001, págs. 198 y sigs.

185 *Vid.* Günther JAKOBS, "Zur gegenwärtigen Straftheorie", en *Strafe muss sein! Muss Strafe sein? Philosophen-Juristen-Pädagogen im Gespräch*, herausgegeben von Klaus-M. KODALLE, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1998, págs. 29 y sigs., esp. 34 y sigs. *Cfr.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *l.u.c.*

186 POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal*, 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Barcelona, 2001, pág. 126; ÍD. *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la Colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 122.

sesgo neorretribucionista[187]. De hecho, el propio Lesch,[188] discípulo directo de Jakobs y autor de una significativa *Revisión funcional del concepto de delito*, ha rechazado expresamente la denominación de "prevención general positiva" y ha adoptado directamente el rubro de *retribucionismo funcional*, bien que se trata, en todo caso, de un retribucionismo bien diverso al concepto tradicional que sirve de base a las tradicionales teorías absolutas de la pena.

¿Cuál puede ser, entonces, la relación comunicante entre retribución e integración general?

La energía retributiva constituye una manifestación del "horror al vacío", un modo vindicativo de cubrir el ámbito de impotencia y desintegración que aporta el delito. Es bien cierto que las instituciones penales han superado esa impulsión nihilista y destructiva de la devolución del mal por el mal. Pero no basta con anatematizarla. Desterrada del ámbito de la pena la ciega irracionalidad retributiva, y la salvaje aridez de la vindicta, subsiste, sin embargo, la necesidad social de salvar la incomprensión ante el caos social que aporta el delito. Que esa necesidad sea cubierta a través del fomento racionalizado de actitudes constructivas e integradoras parece un modo positivo, un salto cualitativo frente a la idea de la devolución aflictiva. La retribución y la prevención general integradora cubren, de un modo antagónico, la misma necesidad social.

Pero la pena en Jakobs no es retributiva en el mismo sentido que lo es en Hegel o en el neoclasicismo penológico. En primer lugar porque es la

187 Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut, 2a. edic. revisada y puesta al día, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 131.

188 *Vid.* Heiko Hartmut Lesch, *La función de la pena*, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa núm. 4", Dykinson, Madrid, 1999, págs. 7 y sigs., 50 y sigs.; Id., *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln - Berlin - Bonn - München, 1999.

sociedad, no el infractor, quien es retribuida y recompensada: se devuelve a la sociedad aquello de lo que fue desposeída.

Por otra parte, la pena no constituye un correlato material, sino meramente simbólico de la aflicción criminal. Y, si bien es cierto que la correlación se articula, de partida, a través del paralelismo fáctico usurpación delictiva / privación punitiva, sin embargo, no parece exigir ni la equivalencia material ni siquiera la analogía de contenidos privativos.

Y ello es así por que la respuesta penal cuenta con refuerzos expresivos propios que permiten reducir notablemente la objetivación aflictiva, y, en algunos casos, incluso prescindir de ella. Así, la publicidad del conflicto penal resuelto a través de las fórmulas ritualizadas del proceso. De este modo, la propia expresividad de la norma penal (que enfatiza qué es lo justo, lo contrario a las normas de conducta) puede permitir, ocasionalmente, eventuales actos de tolerancia al comportamiento, llegándose incluso a prescindir del elocuente refuerzo de la pena, sin que disminuya el nivel de prevención (mediante la excusa o la exclusión de punibilidad).[189]

Pese a las críticas, no creo que sea la resurrección del expediente retributivo (entendido de este modo peculiar, personalísimo, desde luego) el punto más conflictivo de esta forma de concebir el sentido de la pena. Sí lo es, a mi modo de ver, la idea de la instrumentalización del penado al servicio de la comunicación. Sin embargo, se trata de crítica ya clásica, extensible a cualquier orientación de la pena a fines. Y está claro que en la moderna evolución de las instituciones penales la proyección a fines es imprescindible toda vez que *una pena no referida a un fin no sería querida por nadie.*[190]

189 SILVA SÁNCHEZ, *o.u.c.*, pág. 574.

190 JAKOBS, Günther, "Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, tomo XLV, fasc. 1, pág. 233.

4. *Funciones latentes de la pena. La pena como aprendizaje. Fidelidad al Derecho y marginalización social del acto delictivo*

Estas funciones, abocadas en la aceptación de una línea directiva de la motivación, constituyen el núcleo de la genuina *prevención integradora*, ya que a diferencia de la llamada *función manifiesta*, éstas sí están dotadas de sentido preventivo. Sin embargo, han terminado siendo relegadas por JAKOBS[191] como vertientes secundarias, accesorias, esto es, meramente *latentes* de la función punitiva.

Pese a lo cuestionable de su formulación, la noción simbólica de la pena como ejercicio de *disciplina personal en la fidelidad al Derecho* no está forzosamente enfrentada a la idea de reinserción.[192] Desde el momento en que la pena aporta un sentido expresivo que se opone a la expresión criminal, este mismo contraste puede tener un valor reeducador para el propio delincuente, ya en su misma enunciación simbólica. Pues, efectivamente, es muy frecuente que el infractor recurra a formulaciones simbólicas para describir y racionalizar su conducta. La aplicación de la norma penal, reordenadora, puede dar al traste con esta subversión valorativa operada en la mente del infractor. Así, las ciencias empíricas dan cuenta de las frecuentes expresiones internas con las que se auto-absuelve el delincuente, a partir, precisamente, de una reconstrucción simbólica de sus acciones. La conocida teoría criminológica que desglosa las "Técnicas de neutralización" da cuenta de ello: los comportamientos son sublimados, recalificados, por su

191 JAKOBS, Günther, "La Ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente", traducción de Teresa MANSO PORTO, *Estudios de Derecho Judicial* núm. 20, Galicia, 1999, págs. 119 y sigs.

192 A pesar de esta compatibilidad, es bien cierto que la orientación rehabilitadora no resulta suficientemente trabajada, o aún destacada, en la obra de JAKOBS. *Vid.*, en esta idea, Miguel POLAINO NAVARRETE, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 122.

autor como actos justicieros, defensivos, inocuos, etc.[193] En este sentido, la pena puede, con su poder reforzador de la desvaloración, contrarrestar ese simbolismo autoindulgente que se interpone en el proceso de reinserción.

También, de otra parte, la sociedad "aprende" a partir de la aplicación del Derecho Penal, esto es, se deja instruir por la pena a través de un claro modelo de aprendizaje vicario. En palabras de JAKOBS, *una forma de aprendizaje de aceptación de las consecuencias*,[194] dentro de un modelo general de prevención a través del reconocimiento normativo. La pena, por su expresivo coste material, subraya ante la sociedad el carácter inaceptable de la específica conducta delictiva.

Críticamente, se ha llegado a correlacionar las funciones general-preventivas, íntimamente relacionadas no sólo por su alcance colectivo sino asimismo igualmente dotadas de carga disuasoria. En un caso, la disuasión se produce por el miedo. En el otro, se dice, la *disuasión se provoca por la satisfacción de quien cree que en la realidad se castiga a quienes no contienen sus impulsos, y, por lo tanto, sigue convencido de que es positivo seguir conteniéndolos*.[195]

Ciertamente, es clásica la perspectiva que alinea dentro de la prevención general intimidatoria tanto la virtualidad coactiva como la ejem-

193 Es clásico su ensayo sobre las *técnicas de neutralización*. *Vid.* Gresham SYKES / David MAZDA, "Tecniques de Neutralization: a Theory of Delinquency", en *American Sociologycal Review,* XXVI, núm. 6, 1057, págs. 664 a 670.

194 PEÑARANDA RAMOS, Enrique, "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto del delito", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, págs. 296.

195 *Vid.* este comentario crítico en Eugenio Raúl ZAFFARONI / Alejandro ALAGIA / Alejandro SLOKAR, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, 2000, pág. 58. En todo caso, la *disuasión por la satisfacción* supone una aplicación eminentemente constructiva frente al convencional sentido de amenaza de la pena, de signo negativo y deconstructivo.

plar de la pena.[196] Ya vimos cómo el propio JAKOBS enuncia una de las funciones penales (no manifiestas) en términos muy similares a los de la ejemplaridad, pero, en todo caso, asignándole un valor meramente latente, respecto de la función de mantenimiento de la vigencia normativa. Sin embargo, esta incardinación de la función preventivo-integradora como subtipo de prevención negativa resulta a todas luces insatisfactoria.

La función ejemplarizante, en la prevención general positiva, es un expediente compatible, pero no coincidente con el de la intimidación. Su fuerza se asienta en el valor de paradigma que cobra la aplicación de la pena. Se trata de un *magisterio ético*, que en términos de Antón ONECA, es de gran difusión, *por la publicidad que adquiere el delito y su castigo*.[197] La prevención opera, así, por medio del *tabú*, que, como similarmente puso de manifiesto SCHMIDHÄUSER, estimula un estado de intolerancia social de frente al acto delictivo.[198]

El tabú es, así, un recurso que signa y diferencia al hecho delictivo en su consideración social. Pero un expreso abordaje de una sanción penal marginalizadora termina por desplazar el sentido de la pena hacia fines netamente estigmatizadores. Tal es la línea de Política criminal neutralizadora que comienza a generalizarse en los últimos tiempos. Superados ya los momentos en los que la marginalización por el tabú implicaba el destierro y desocialización del tabuado, sin embargo, el moderno tabú-penal comporta unos efectos aún más devastadores para el individuo que la sufre: pues si, en el pasado, el aislamiento del impuro era un expediente de socialización, (por el cual el sujeto se reintegraba liberado de impurezas), en la actualidad,

196 *Vid.* José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general,* I, *Introducción,* 5a. edic., basada en el nuevo Código Penal de 1995, Madrid, 1996, pág. 21. *Cfr.* José ANTÓN ONECA, *o.u.c.*, pág. 479, quien, efectivamente, clasifica dentro de la prevención general intimidatoria tanto el influjo de la coacción psicológica como el propio de la representación de la pena para el espectador.

197 ANTÓN ONECA, José, *o.u.c.*, pág. 479.

198 SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht, Algemeiner Teil, Lehrbuch,* Tübingen, 1970, págs. 52-53.

la pena estigmatizadora conduce al penado a una disgregación social que no conoce pasaje de retorno.

Cuando la ejemplaridad, que descansa en la agudeza perceptiva del ojo público, se acomete como función principal de la pena, se corre el peligro de activar en la sociedad tendencias punitivas abocadas a la inocuización del penado a través del estigma.[199]

Las ultimísimas líneas de Política criminal socialmente inocuizadora dan cuenta de hasta que punto el control de esos efectos marginadores de índole psico-social constituye una nueve fuente de amenazas intervencionistas. Así rebrotan los argumentos a favor de las respuestas penales degradantes[200] ligadas a una presunta capacidad de educar en la fidelidad al Derecho a través de un sentimiento de vergüenza y remordimiento "reintegrador".[201] Los excesos teóricos y prácticos de estos argumentos[202] tienen como contrapartida el haber fomentado, como supuesto contra-argu-

199 PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, "El renacimiento de los castigos avergonzantes", en *Isonomía*, núm.15, México, 2000.

200 BRAITHWAITE, John, Crime, *Shame and Reintegration*, Cambridge, 1989.

201 *Vid.* comentarios críticos sobre estas ideas en CID MOLINÉ, José/LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*, Barcelona, 2001, págs. 221-223.

202 De los que ya se hace eco nuestra doctrina. *Vid.* Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, "El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos", en ID., *Estudios de Derecho Penal*, Biblioteca de autores extranjeros 5, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2000, pág. 243; Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, "¿Medidas de Seguridad «inocuizadoras» para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad", en *La Ley. Actualidad penal*, núm. 38, Madrid, octubre de 2001, págs. 897-923. En similar sentido, Myriam HERRERA MORENO, *Publicidad y Control Penal. Nuevas estrategias inocuizadoras en la postmodernidad penal*, Prólogo del Prof. Dr. Miguel POLAINO NAVARRETE, Biblioteca de autores extranjeros 8, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2002, págs. 115 y sigs.

mento, el retorno a planteamientos estricta e inflexiblemente retributivos (respecto de los cuales, al menos, todos sabemos a qué atenernos).[203]

La reciente hiperdimensión y priorización de la pena-tabú no puede conciliarse con esos razonables efectos sociopedagógicos de los que hablaran Antón ONECA o SCHMIDHÄUSER. De la marginalización del hecho, desarrollándose la idea de JAKOBS, se habrá dado un salto cualitativo hacia la marginación del delincuente, como fin penal inmediato. Sin embargo, hay que recordar que el objetivo marginalizador no es prioritario en el pensamiento de JAKOBS. Para el autor, se trata, más bien, de un efecto larvado y eventual, latente, de contenido psicológico, que sobreviene a la aplicación de la pena.[204]

XI. EXCURSO. LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA ANTE EL USO CORRUPTOR DEL SÍMBOLO

La perversión simbólica del Derecho Penal se da cuando el símbolo no es refuerzo expresivo, sino puro efectismo. No opera para salvar un vadear un terreno intelectual incógnito, ni cubre otro vacío que el de la incompetencia de las instancias políticas para resolver adecuadamente los problemas sociales. El simbolismo no integra, en ese caso, tanto una auténtica carencia cognitiva o expresivo-normativa tanto como la más profunda ineficacia ges-

203 *Vid.*, al respecto, amplios comentarios en VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, traducción de Elena LARRAURI, Madrid, 1998.

204 Pese a ello, el problema subsiste desde el momento en que la diferenciación entre lo latente y lo manifiesto, en las concepciones globales de JAKOBS, resultan confusas, difícilmente delimitables. Así, POLAINO NAVARRETE justamente advierte la necesidad recíproca que enlaza ambas dimensiones, ya que ni las funciones latentes pueden realizarse ni sin las manifiestas, ni éstas sin aquéllas. *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal*, 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, pág. 208; ÍD. *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la Colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 206.

tora, la decepcionante ausencia de ideas o la condenable apatía del Estado frente a las demandas de la sociedad de la inseguridad. Este uso tiene especial aplicación, en el plano de la *criminalidad expresiva*, terrorismo, narcotráfico, actividades que transmiten mensajes desestabilizadores. Tiene pues su contexto en situaciones sociales de profunda crisis, donde, en cualquier sentido, el valor de los símbolos se agudiza, notablemente, por su sentido aglutinador.[205]

El uso simbólico penalmente más insufrible es el que expone al Derecho Penal al servicio de utilidades extra-normativas: el uso político, socialmente analgésico, del Derecho Penal.[206] A veces, las alusiones a conceptos cómo pena, retribución o culpa, así como en igual medida, resocialización o prevención,[207] actúan como talismanes a cuya invocación se realizan funciones sociales inconfesas, latentes o políticamente incorrectas. Normas penales sostenidamente ineficaces, bienes jurídicos vacíos de contenido, penas que no hay voluntad o modo de aplicar, integran la abigarrada problemática de la norma penal simbólica en su acepción menos agradecida.[208]

205 Lo que se aprecia en las relatos históricos y en las recreaciones de contextos críticos en la vida de los seres humanos. *Vid.* Daniel DEFOE, *Diario del año de la peste, observaciones y recuerdos de los hechos más notables, tanto públicos como particulares, que ocurrieron en Londres durante la gran epidemia de 1665, escrito por un ciudadano que durante todo ese tiempo permaneció en Londres*, traducido por Carlos PUJOL, Barcelona, 1983; Wladyslaw SZPILMAN, *El pianista del Gueto de Varsovia*, (1946), 6a. edición, Madrid, 2001; José SARAMAGO, *Ensayo sobre la ceguera*, 2a. edición, Madrid, 2000; Albert CAMUS, *La peste* (1947), Barcelona, 1985.

206 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal, Introducción*, Madrid, 2000, págs. 97 y sigs.

207 En tanto la prevención encubra compensación retributiva o la resocialización opere como manipulación de los individuos por parte del Estado, y paralización de toda actividad de control democrático de poder (en tanto la pena se oriente la resocialización y la rescialización se defina por el Estado): BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, volumen I, Madrid, 1997, pág. 52.

208 Muy especialmente en el plano de bienes de titularidad difusa en torno a los cuales se agrupan fuertes intereses económicos: TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal", en *Pena y Estado. Revista*

La tentación de contrarrestar el efecto desmoralizador a través de puros espejismos normativos es demasiado intensa como para que los Estados no sucumban a ellos. En efecto, los símbolos pueden ser potentes aliados sociológicos, que, sin embargo, no soportan la prueba del tiempo: el efecto simbólico tiende, inexorablemente a su desgaste, y queda, al fin, la ley, despojada de todo valor o sentido instrumental o simbólico.[209]

La norma, en estos cometidos simbólicos, aspira a ser caja de resonancia de emociones sociales positivas: ilusión, confianza en el Estado-gestor, serenidad, seguridad y sensación de estabilidad y orden. Pero, cuando por la función simbólica, *se da por demostrado lo que, en todo caso, hay que demostrar*,[210] lo más que consigue, en ocasiones, es esbozar la sonrisa del payaso, que, como se sabe, ríe histriónicamente su íntima tragedia.

Hispanolatinoamericana, núm. 1, 1991, págs. 18 y sigs. En el ámbito de la violencia intrafamiliar, es un postulado victimológico la necesidad de erradicar el uso simbólico del Derecho Penal. *Vid.* Susan EDWARD, "La función simbólica del DerechoPenal: violencia doméstica", traducción de Elena LARRAURI, en *Pena y Estado. Revista Hispanolatinoamericana*, núm. 1, 1991, págs. 83 y sigs.; María del Castillo FALCÓN CARO, *Malos tratos habituales a la mujer*, Prólogo del Prof. Dr. Miguel POLAINO NAVARRETE, José Ma. Bosch Editor, Barcelona, 2001, págs. 237 y sigs.

209 Y por descontado, es un uso abocado al fracaso. Los múltiples esfuerzos que pudiera hacer el Derecho Penal en su aporte simbólico y socialmente tranquilizador quedarían pulverizados por la sola intervención de un locutor amarillista, pregonando un suceso criminal estremecedor a horas de máxima audiencia. Por supuesto, es en los medios de comunicación donde se da un alcance máximo, a veces desaforado, a la expresión simbólica de la transgresión criminal. Los efectos son, en ocasiones, moralmente devastadores, y difícilmente una norma jurídico-penal puede resultar competidora en términos de comunicación de mensajes. *Vid.* Hans-Joachim SCHNEIDER, "La criminalidad en los medios de comunicación de masas", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 36, Madrid, 1988, págs. 737 y sigs.

210 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal*, 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, págs. 212 y sig.; ÍD. *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001, págs. 206.*o.u.c.*, págs. 209 y sigs.

Esa imputación han debido afrontar precisamente los planteamientos de prevención integradora, como impulsores de una hipotética *función simbólica del Derecho Penal.*[211] La norma, como portadora de un exclusivo sentido funcional, pero rebajado a humillantes funciones de complicidad política.[212] Un Derecho Penal que, de responder a esos objetivos, renuncia a ser instrumental[213] y protector.[214]

Pero, en esta corruptela, la norma deja de ser portadora del espíritu de los tiempos, y se usa para mantener a la sociedad en un engaño que, sin embargo, no puede sostenerse mucho tiempo. La función de prevención general positiva no puede operar, sobre un símbolo sin valor representativo y socialmente trascendente. En puridad, ese tratamiento implica una "blasfema" desacralización del símbolo, que invalida su vinculatoriedad.[215]

211 BARATTA, Alessandro, "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica", traducción de Mauricio MARTÍNEZ SÁNCHEZ, en *Pena y Estado I, Revista hispanolatinoamericana*, 1991, págs. 50 y sigs.

212 "Ilusión" y "propaganda", son los términos expresamente manejados por ZAFFARONI a este propósito: ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000, págs. 57-58

213 JAKOBS, Günther, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año V, núm. 9, pág. 49.

214 Haciéndose, en tal sentido, incompatible con la principal función del Derecho Penal. *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal*, 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, págs. 212; ÍD. *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 211; Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pág. 305.

215 En efecto, el símbolo, que no representa ningún valor trascendente, sino un mero valor útil, termina, inexorablemente, desprestigiándose, perdiendo credibilidad social: CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito/1*, 2a. edición, Madrid, 1996, pág. 58.

Es cierto que Jakobs ha utilizado, polémicamente, la idea de la pena como convención simbólica con un sentido pacificador, constructivo y prosocial (aunque sujeto a razonables críticas en más de un aspecto). No puede confundirse este manejo, tan original, aunque comprometido, del lenguaje simbólico, con las implicaciones que comúnmente se atribuyen al Derecho Penal simbólico como mero placebo penal. En términos estrictos, resulta injusto identificar esa disfunción simbólica con los términos en que se predica la prevención general integradora. Efectivamente, *mal puede alentarse —se ha dicho con acierto— la confianza característica de la prevención general positiva en la norma protegida penalmente si dicha protección es innecesaria.*[216] El propio autor no deja de advertir cómo un Derecho Penal que no sirve a las necesidades sociales, pervierte su valor simbólico y representativo: esto es justo lo contrario de un *Derecho Penal ajustado al espíritu de los tiempos en los que éste es símbolo en el marco de una comunicación.*[217]

Una función no puede definirse por sus corruptelas. Y en ningún sentido impulsan las teorías de la prevención general integradora la aplicación vocinglera de la pena como mero expediente efectista o histriónico. Los postulados de Jakobs, así, son por el contrario, holgadamente compatibles con la indeclinable misión tuitiva del Derecho Penal. En tanto haya efectivamente un vacío de confianza que salvar en una sociedad devastada por el delito, la tutela penal quedará reforzada por la asertividad de la pena. El modelo simbólico-funcional se compadece, así, con la misión preventivo tutelar, como no ocurre con otros usos simbólicos.[218]

---

216 Cuello Contreras Joaquín, *o.u.c.*, pág. 58.

217 Jakobs, Günther, "Imputación jurídico penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma", *Revista del Poder Judicial,* primer trimestre 1998, núm. 49, pág. 299.

218 Polaino Navarrete no excluye esa compatibilidad, pues, en realidad, el efecto simbólico integrador deriva de la eficacia tutelar del Derecho Penal. *Vid.* Miguel Polaino Navarrete, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal,* 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de

Así, no parece justo someter a denuestos las presentes teorías por el mero hecho de la aplicación simbólica a planteamientos dogmáticos. Los postulados simbólicos de JAKOBS son recursos válidos hasta el momento en que la exacerbación de su brillo abstracto termina por cegarlos y abismarlos en el nivel figurativo.[219] Mas en concreto, en lo tocante a su bien planteada tesis de prevención integradora, no es su metaforización *per se* lo criticable, sino la inexplicable reversión en las funciones del Derecho que aportan sus términos.[220]

Este estudio ha querido abordar los postulados de la prevención general positiva desde una perspectiva exenta de perjuicios hacia el uso científico de los recursos simbólicos. La obra de JAKOBS es un brillante exponente de cómo operar sugestiva y ferazmente (a veces también ferozmente) con un rico arsenal de representaciones simbólicas. Este reconocimiento no ha de valer, sin embargo, como respaldo a la indudable radicalización o exclusividad de miras que estos planteamientos incorpora; ni tampoco como suscripción incondicional a cada una de las categorías emblemáticas acuñadas.

Sin embargo, por cima de toda objeción técnica o discrepancia doctrinal, nada más justo que afirmar la enorme contribución científica de JAKOBS

Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 212. Cfr. Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito/1*, 2a. edición, Madrid, 1996, pág. 58.

219 En efecto, un mero cometido simbólico, aun entendido en su sentido no corrupto o disfuncional, no tiene entidad suficiente como para justificar, fundamentar, legitimar, la intervención del Derecho Penal. *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal*, 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Barcelona, 2001, pág. 213.

220 Es cierto que la función accesoria y simbólica del Derecho Penal se compadece con la función básica de tutela de bienes y valores relevantes. Pero también es incuestionable que prioriza la función simbólica sobre la tuitiva: Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal, Introducción*, cit., pág. 149. *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 212.

a la Dogmática penal. Más allá de valor intrínseco de sus polémicas teorías, a éstas les honra el haberse erigido en un auténtico *test proyectivo*, que refleja el gran debate definidor de la doctrina penal contemporánea.

VIGENCIA DE LA NORMA: EL POTENCIAL DE SENTIDO DE UN CONCEPTO[*]

Miguel POLAINO-ORTS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ESBOZO DEL SISTEMA FUNCIONALISTA: SOCIEDAD, NORMA, PERSONA. LA PENA COMO REAFIRMACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMA; III. CONCEPTO DE "VIGENCIA DE LA NORMA": A) El concepto de vigencia del Derecho: algunas delimitaciones; B) Vigencia y validez; C) Vigencia de la norma en Derecho Penal: *1. Vigencia de la norma y prevención general positiva; 2. Vigencia de la norma: un cambio de paradigma*; IV. ONTOLOGISMO VALORATIVO *VERSUS* NORMATIVISMO FUNCIONALISTA: A) La función de protección de bienes jurídicos en el seno de una Dogmática ontologista; B) La quiebra de la Dogmática ontologista: la crítica funcionalista al concepto de bien jurídico; C) La concepción funcional-normativista: *1. Excurso: algunas soluciones eclécticas; 2. Vigencia de la norma y funcionalismo: el concepto de función (función manifiesta y función latente); 3. Autorreferencialidad del sistema jurídico; 4. Algunas críticas: a) ¿Autoprotección de la norma?; b) Acriticismo hacia la constitución del sistema: en concreto, Funcionalismo y autoritarismo político;* V. INDIVIDUO *VERSUS* PERSONA: A) Interdependencia del Derecho Penal y de la Sociedad en la Dogmática funcionalista; B) Cambio de paradigma: del individualismo al transpersonalismo socialmente interactivo; VI. FUNCIONALISMO TRADICIONAL (ANÁLISIS SISTEMÁTICO) *VERSUS* FUNCIONALISMO MODERNO (ANÁLISIS FUNCIONAL); VII. CONCLUSIONES; VIII. ANOTACIONES SOBRE LA BIBLIOGRAFÍA DE JAKOBS.

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 siste-

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

ma 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 negatione*: analizando las críticas de posturas antagónicas o —simplemente— contradictoras 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 en 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,[1] de la siguiente manera: 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 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

1 Una síntesis biliográfica de las aportaciones de JAKOBS se encuentra al final de este trabajo.

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".[2]

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 contradictora 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

2 JAKOBS, Günther, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", *ZStW.* Band 107, Heft 4, 1995, págs. 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, pág. 11).

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",[3] 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",[4] 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 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.[5]

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.

---

3 JAKOBS, Günther, *l.u.c.*

4 JAKOBS, Günther, *l.u.c.*

5 JAKOBS, Günther, *l.u.c.*

Tal 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[6] o de teoría general del Derecho[7] que como una cuestión de cada sector del ordenamiento jurídico en particular.[8] A lo sumo, cuando se habla de 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[9] el distinguir tres conceptos

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

7 *Vid.*, por ejemplo, el clásico ensayo de Karl LARENZ, *Das Problem der Rechtsgeltung*, 1929; también, de interés, Rupert SCHREIBER, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Springer Verlag, Berlin — Heidelberg — New York, 1966; Hans WELZEL, *An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung*, Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Westdeutscher Verlag, Köln und Opladen, 1966.

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

9 *Vid.*, por ejemplo, Robert ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber-Reihe Rechts- und Sozialwissenschaft, Verlag Karl Alber, Freiburg/München, 1992, págs. 139 y sigs. Por su parte, Reinhold ZIPPELIUS, *Rechtsphilosohie. Ein Studienbuch*, 4. Aufl.,

distintos 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, con 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 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.[10]

Verlag C.H. Beck, München, 2003, págs. 24 y sigs., distingue —por una parte— entre validez "moral" y validez "ético-social" y —por otra parte— se centra en el estudio de la validez "como regal de coactividad" ("Derecho garantizado").

10 *Vid.* Klaus F. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 2. neu bearbeitete Aufl., Carl Heymanns Verlag KG, Köln — Berlin — Bonn — München, 2001, págs. 280 y sig.

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 los términos *Rechtsgeltung* y *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 período 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:[11] la norma vigente es aquella que *constituye* la identidad de la Sociedad, que contribuye al mantenimiento del sistema.

11 Sobre el concepto de función nos ocuparemos más adelante. *Vid.* apartado IV. *C) 2.* de este mismo trabajo.

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 pretendemos poner de relieve el potencial de sentido que atesora la idea de vigencia de la norma.[12] 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 delimitaremos a continuación la idea de la vigencia de la norma de aquellas teorías que, con mayor o menos 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",[13] y que a dicha conceptuación no ha sido ajeno la misma califi-

12 *Vid.* Günther JAKOBS, "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, págs. 57-72 (57 y sigs).

13 *Vid.*, sobre esta cuestión, monográficamente, Mercedes PÉREZ MANZANO, *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.*

cación ofrecida por este autor a su propia postura.[14] 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[15] (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 unas de las doctrinas retribucionistas por excelencia),[16] no existe como tal doctrina uni-

14 Últimamente, por ejemplo, Günther JAKOBS, "¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, manuscrito, apartado B) Juridicidad y bienestar, *in fine*, pág. 7: "se habla de prevención general positiva, debiendo ser la generalidad la destinataria del proceso, siendo confirmada en su actitud de fidelidad al ordenamiento —por ello prevención general—, pero —por ello «positiva»— no mediante intimidación, sino mediante un aprendizaje de la fidelidad al ordenamiento como actitud natural". (Artículo en prensa en Günther JAKOBS/Miguel POLAINO NAVARRETE, *¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege?/El valor de la Dogmática en el Derecho Penal*, Discursos de Investidura del título de Profesor *Honoris Causa* por la Universidad Autónoma de Tamaulipas, Laudatio a cargo de Carlos Daza Gómez, Tamaulipas, Tampico-Madero, 2003).

15 Así, por ejemplo, Ernst AMADEUS WOLFF, "Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität", *ZStW*, Bd. 97, 1985, págs. 786-830 (799 y sig.); en la doctrina española, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992, págs. 227 y sig., 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" (pág. 228).

16 Con no poca arbitrariedad en tal valoración, a mi juicio. Apartándose del entendimiento mayoritario, SEELMAN y POLAINO NAVARRETE han encuadrado, acertadamente,

taria, 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)[17] ya para fomentar la protección del ético mínimo de la Sociedad

---

la formulación hegeliana, no entre las doctrinas retributivas, sino entre las formulaciones preventivo-generales. *Vid.* Kurt SEELMANN, "Hegels Strafrechtstheorie in seinen 'Grundlinien der Philosophie des Rechts'", *JuS*, Heft 10, 1979, págs. 687 y sigs.; ÍD. "Wechselseitige Anerkennung und Unrecht. Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?", *ARSP*, 1993, págs. 228 y sigs.; ÍD. "Differenzen zwischen Kant und Hegel bei der Begründung staatlicher Strafe", en ÍD. *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien*, Verlag Karl Alber Freiburg/München, 1995, págs. 123 y sigs.; Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal, Parte general*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal*, 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, págs. 109, 121 y sigs.

17 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, París, 1893 y *Les régles de la méthode Sociologique*, en *Revue philosophique*, núm. 37, 1894, págs. 465-498 y 577-607, y núm. 38, 1894, págs. 14-39 y 168-182; también, en un volumen, con prólogo nuevo, en Bibliotèque de philosophie contemporaine, París, 1895, esp. págs. 81 y sigs. *Vid.*, sobre su concepción del delito y la pena, monográficamente, Werner GEPHART, *Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Dukheims*, Leske + Bubrich, Opladen, 1990, *passim*, esp. 4 y sigs., 21 y sigs.; completa exposición ofrece también Jens Christian MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien 61, Peter Lang, Fankfurt am Main, 1998, págs. 145 y sigs., quien analiza la construcción durkheimniana como un significativo paso en la genealogía de la prevención general positiva; y una breve pero precisa referencia

(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,[18] 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).[19]

Ante tan heterogénea conjunción de formulaciones es obvio que sólo forzadamente 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 directo de Jakobs, Heiko Lesch,[20] se haya referido críticamente a tal denominación,

---

brinda Rafael ALCÁCER 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, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2001, págs. 51-75 (págs. 55 y sig.).

18 *Vid.*, sobre esta cuestión, Urs KINDHÄUSER, "Rechtstreue als Schuldkategorie", *ZStW*, Bd. 107, 1995, págs. 701-733 ("La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad", traducción de Percy GARCÍA CAVERO, *RPDJP*, núm 1, Lima, 2000, págs. 171-213).

19 *Vid.* sólo Günther JAKOBS, *La imputación penal de la acción y la omisión*, traducción de Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Cuadernos de conferencias y artículos No. 12", Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 49: "el Derecho Penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación".

20 *Vid.* Heiko Hartmut LESCH, "Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafrens" (2. Teil), *JA*, Heft 12, 1994, págs. 596 y sigs. (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, págs. 45 y sigs.), quien defiende una "reconstrucción de

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".[21]

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

---

una teoría funcional de la retribución", en la que la "pena sirve para la estabilización de expectativas" (*o.u.c.*, pág. 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.*, pág. 50).

21 *Vid.* Günther JAKOBS, "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", en *Strafe muss sein! Muss Strafre sein? Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch*, herausgegeben von Klaus-M. KODALLE, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1998, págs. 29-40 (39 y sig.) (*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, pág. 33).

norma". Un análisis exhaustivo de todas las consecuencias dogmáticas que se derivan de ese punto de partida precisaría un espacio del que ahora carecemos. Escapa, pues, a nuestro propósito de hoy agotar la amplia gama de posibilidades que ofrece un tema tan sugerente. Pero 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".[22] 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).

22 *Vid.* Günther JAKOBS, "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, págs. 57-72 (57 y sigs).

IV. ONTOLOGISMO VALORATIVO *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 desde la aportación de BIRNBAUM[23] en 1834 (aun con significativos antecedentes desde el Iluminismo idealista alemán),[24] se ha mantenido —y se mantiene aun hoy en día— como un lugar

23 *Vid.* Johann Michael Franz BIRNBAUM, "Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", en *Archiv des Criminalrechts,* Neue Folge, Bd. 15, Zweites Stück, Halle, Jahrgang 1834, págs. 149-194; *Vid.*, sobre la personalidad de BIRNBAUM y su concepción del bien jurídico, Knut AMELUNG, "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, págs. 349 y sigs.

24 Evolución histórico-dogmática, en Miguel POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en Derecho Penal,* Anales de la Universidad de Sevilla, núm. 19, Servicio de Publicaciones, Sevilla, 1974; ÍD. *El injusto típico en la teoría del delito,* Mario A. Viera Editor, Mave, Corrientes (Argentina), 2000, esp. págs. 319-675; ÍD. *Derecho Penal. Parte General,* tomo II, *Teoría jurídica del delito,* volumen I, Editorial Bosch, Barcelona, 2000; entre los autores alemanes, Peter SINA, *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, págs. 162 y sigs.; Knut AMELUNG, *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, Frankfurt am Main, 1972; Winfried HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre,* Rechtswissenschaft, Fischer Athenäum

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 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, quien sobre la base de una Dogmática ontológica situó las estructuras lógico-objetivas (o lógico-reales)[25] en la base misma de su construcción. De este planteamiento doctrinal, que ha dominando 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 jurídi-

---

Taschenbücher Verlag, Frankfurt am Main, 1973; Bernd J. A. MÜSSIG, *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, págs. 229 y sigs. Publicado también como monografía en Colombia).

25 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")*.

cos y que fueron la piedra de toque de la Dogmática penal finalista, encabezada por Welzel.[26]

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.[27]

3. **Vinculación del legislador y del juez a las estructuras óntico-ontológicas:** Como consecuencia de ello, y en tercer lugar, el legislador

---

26 *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;* José CEREZO MIR, "La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* julio-agosto 1961, págs. 19 y sigs.; Peter KOLB, *Der Begriff der "Natur der Sache" in der höchsrichterlichen Rechtsprechung,* Dissertation, 1963 (mecanografiada); Yungback KWUN, *Entwicklung und Bedeutung der Lehre von der "Natur der Sache" in der Rechtsphilosophie bei Gustav Radbruch,* Dissertation, Universität des Saarlandes, 1963; Herbert SCHAMBECK, *Der Begriff der "Natur der Sache". Ein Beitrag zur rechtsphilosophiscen Grundlagenforschung,* Springer Verlag, Wien, 1964; Arthur KAUFMANN, *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); Ralf DREIER, *Zum Begriff der "Natur der Sache",* Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1965; Nicos Ar. POULANTZAS, *Nature des choses et Droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur,* Prèface de Michel Villey, Libraire générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. durand-Auzias, 1965; Ernesto GARZÓN VALDÉS, *Derecho y "Naturaleza de las cosas". Análisis de una nueva versión del Derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo,* tomos I y II, Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 1970 y 1971 (espág., tomo I, págs. 47 y sigs.).

27 *Vid.* Hans WELZEL, "Über Wertungen im Strafrecht. Eine prinzipielle Bemerkung zur sog. emotional-normativen Logik", *Der Gerichtsaal,* Band 103, 1933, págs. 340 y sig. (luego recogido en su compilación de artículos *Abhanlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie,* Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1975, págs. 23 y sigs.); ÍD.,

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, esto es, a la realidad tal y como ella se presenta llevó a WELZEL a calificar, en alguna ocasión,[28] 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 categoría 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.[29] Como punto de partida, somete a dura crítica al 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

---

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 José CEREZO MIR, Editorial Ariel, Barcelona, 1964, págs. 12 y sig.).

28 Así, en la 3a. edic. de su conocido libro titulado *Naturrecht und meteriale Gerechtigkeit. Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1957.

29 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, pág. V.

no puede sino residir en la idea de que las normas penales son necesarias para el mantenimiento de la identidad de un concreto Estado[30]. 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.[31] 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 fructíferos), 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 ser la lesión o puesta en peligro empíricamente constatable a un bien jurídico, sino la garantía del mantenimiento de las expectativas normativas con indepen-

30 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, pág. 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, págs. 44 y sig.).

31 JAKOBS, Günther, *l.u.c.*

dencia de su eventual lesión.[32] En otras palabras: Bien jurídico-penal es, en consecuencia, para JAKOBS, "la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la defraudación",[33] 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 se 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

32 *Vid.* Günther JAKOBS, "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, págs. 57-72 (60 y sigs). 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, págs. 391-423 (403 y sigs.).

33 JAKOBS, Günther, *l.u.c.*

de buenos deseos y mejores intenciones ("no se debería lesionar bienes jurídicos", etc.) mucho más una 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 confía 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 ésa? Estos 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 las 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[34].

34 *Vid.* Günther Jakobs, "¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *El sistema funcionalista del*

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 ejemplo —cercano, por lo demás, a JAKOBS—, aludiremos en 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

---

Derecho Penal, Grijley, Lima, 2000, págs. 43-60 (también en *RPDJP*, núm 1, Lima, 2000, págs. 151-170), quien se muestra crítico con esta tendencia 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" (págs. 52 y 161 y sig., respectivamente).

positiva"[35] y —por ello, concluye WELZEL— que "la pretensión de 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".[36]

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. Los primeros son 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 postu-

35 WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung,* 11. Aufl., Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1969, pág. 3; ya antes, por ejemplo, ÍD. "Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes", en *Probleme der Strafrechtserneuerung*, Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1944, págs. 101 y sigs., esp. 107.

36 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.* José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, I, *Introducción,* 5a. edic., basada en el nuevo Código Penal de 1995, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 15; en sentido semejante, Alicia GIL GIL, "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, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, págs. 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.

ra 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 valores éticos-sociales de acción o mínimo ético: "*neminem lædere*"),[37] 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.[38]

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,[39] 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, y por ello propugna un sistema caracterizado por un progresivo e integral proceso de desontolo-

37 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*, espág. págs. 56 y sigs., 91 y sigs.

38 Otras consideraciones críticas en torno a la supuesta función ético-social del Derecho Penal puede verse, recientemente, en Miguel POLAINO NAVARRETE, "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*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, págs. 109-134.

gización, funcionalización y normativización de los conceptos e instituciones 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 contorno 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".[40] Di-

39 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 Casa Editorial S.A., Barcelona, 1976, págs. 82 y sigs., 88 y sigs.; sobre el último, Jens Christian MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien 61, Peter Lang, Fankfurt am Main, 1998, págs. 69 y sigs.

40 *Vid.* dicha clasificación, por ejemplo, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, pág. 70, quien afirma que "si bien probablemente cabe calificar al funcionalismo de JAKOBS como «funcionalismo radical», mientras que el de ROXIN y su discípulos sería más bien «moderado», lo decisivo en la distinción de ambas corrientes no es, pese a

cha 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,[41] 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.[42] 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—[43] 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".

---

todo, el aspecto metodológico, sino que aparece constituido por la concepción acerca de la misión del Derecho Penal".

41 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 sigs. (*Derecho Penal. Parte General,* tomo 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, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1997, págs. 203 y sigs.); también su discípulo Bernd SCHÜNEMANN, "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken", en ID. (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Walter de Gruyter, Berlin — New York, 1984, págs. 1-68 (45 y sigs., 54 y sigs.) (de este libro existe edición española a cargo de SILVA SÁNCHEZ, Tecnos, Madrid, 1991).

42 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", en traducción de Ma. Teresa CASTIÑEIRA, en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, José María Bosch Editor, S.A., 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 Editor, Buenos Aires, págs. 271-296 (272).

43 *Vid.* Guillermo ORCE, *l.u.c.*

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,[44] depuradas y ampliadas por PARSONS,[45] 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".[46] 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,[47] y por ello, es el punto

44 RADCLIFFE-BROWN, A.R., "On the Concept of Function in Social Science", en *American Anthropologist*, 37, 1935, págs. 395-402.

45 PARSONS, Talcott, *Essays in Sociological Theory, Pure and Applied*, Glencoe, Ill, 1949, págs. 22 y sig.; ÍD. *The Social System*, Glencoe, Ill, 1951, págs. 21 y sig., para quien los sistema 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.

46 Así la definición del término "función" ofrecido por Niklas LUHMANN, "Sub voce Funktion IV", en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, herausgegeben von Joachim RITTER, völlig neuebearbeitete Ausgabe des «Wörterbuchs der Philosophischen Begriffe» von Rudolf EISLER, Band 2: D-F, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1972, S. 1141-1142 (1141), y al que se remite expresamente JAKOBS, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", *ZStW*. Band 107, Heft 4, 1995, págs. 843 y sigs. (*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, pág. 10).

47 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.* Niklas LUHMANN, "Funktion und Kausalität" (1962), en ÍD. *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Westdeutscher Verlag, Köln und Opladen, 1970, págs. 9-30 (10).

de partida para la "valoración de la equivalencia de las diferentes soluciones de problemas".[48]

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",[49] 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.[50] 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".[51]

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 esta concepto de función es aceptado por JAKOBS, quien en algún trabajo reciente también distingue —de nuevo de la mano de la doctrina

48 LUHMANN, Niklas, *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, pág. 123.

49 *Vid.* Günther JAKOBS, *l.u.c.*

50 *Vid.* Niklas LUHMANN, "Funktionale Methode und juristische Entscheidung" (1969), en ID. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1999, págs. 273-307 (274 y sig.).

51 *Vid.* Niklas LUHMANN, *o.u.c.*, pág. 275.

sociológica—[52] entre *función manifiesta o abierta y función latente* de la pena,[53] que encuentran diferentes destinatarios.[54] 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.*[55] 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.),

52 *Vid.*, entre otros, Robert K. MERTON, *Social Theory and Social Structure,* 8a. edic., 1963, págs. 19 y sigs., espág. 60 y sigs.; Hans RYFFEL, *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung,* Luchterhand, Darmstadt, 1974, págs. 254 y sigs.

53 Crítico con tal distinción, Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal, Parte General,* tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal,* 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 201 y sigs., quien —sobre criticar la "considerable imprecisión" de estos 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.)" (pág. 208).

54 *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, págs. 119 y sigs., en concreto 135 y sigs. (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, págs. 27 y sigs.).

55 JAKOBS, Günther, "La Ciencia del Derecho Penal...", *op. cit.*, pág. 28.

así como otros 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".[56]

Desde esta perspectiva, la función manifiesta constituye el cometido del Derecho Penal (la estabilización y mantenimiento del sistema), y —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".[57]

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

56 *Vid.* Günther JAKOBS, "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", en *Strafe muss sein! Muss Strafre sein? Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch*, herausgegeben von Klaus-M. KODALLE, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1998, págs. 29-40 (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, pág. 25).

57 JAKOBS, Günther, *l.u.c.*

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 autopoiético que se integra de expresiones de sentido, de comunicaciones.[58] Que el Derecho sea un sistema social significa que se caracteriza por el modo operativo de autorreproducción —esto es, autopoiético— 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 autopoiético 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.*[59] 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—,[60] el

58 *Vid.*, ampliamente al respecto, Gunther TEUBNER, *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.

59 *Vid.*, sobre este particular, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, "Die Strafe: eine Systemtheoretische Beobachtung", manuscrito, 2002, págs. 4 y sigs. (en prensa), con citas a LUHMANN.

60 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

Derecho, en tanto (sub)sistema social, se dota de 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 aquellos 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 autorrefencialidad 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",[61] y que tal operación 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, Niklas LUHMANN, "Autopoiesis als soziologischer Begriff", en *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Herusgegeben von Hans HAFERKAMP und Michael SCHMID, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, págs. 307-324, así como los trabajos de SCHMID, HAFERKAMP, TEUBNER y BERGER contenidos en el mismo volumen (págs. 25 y sigs., 51 y sigs., 89 y sigs., 129 y sigs., 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.* Niklas LUHMANN, *Einführung in die Systemtheorie*, Dirk BAECKER (Hrsg.), Carl-Auer-Systeme Verlag, Heidelberg, 2002, págs. 110 y sig.

61 *Vid.*, por ejemplo, Niklas LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, pág. 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.

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"[62] 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".[63] 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.

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 sistema, se hallan básicamente diferenciados 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.

---

edic. 1990, 1a. reimpr. 1997, pág. 44; una traducción al castellano de la obra completa está publicada en México).

62 LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, pág. 58 (*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. edic. 1990, 1a. reimpr. 1997, pág. 88).

63 LUHMANN, Niklas, *l.u.c.*

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 autopoiético 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"[64] 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",[65] simplemente está empleando un lenguaje diverso, que impide el entendimiento entrambas posiciones: mientras JAKOBS habla de función en el aludido sentido de la prestación para el mantenimiento del sistema (y, en tal sentido, 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

64 *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal, Parte General,* tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal,* 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 126.

65 *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *l.u.c.*

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 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"[66] 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, ha formulado MIR PUIG[67] la presente crítica en los siguientes términos:

66 *Vid.* Günther JAKOBS, "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, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, pág. 11.

67 *Vid.* Santiago MIR PUIG, "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, págs. 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".[68]

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"[69] y que, en definitiva, "erige una fachada de argumentaciones circulares, (que) necesariamente ha de rellenar el vacío mediante puras decisiones".[70] Y, a un paso

68 *Vid.* Santiago MIR PUIG, *o.u.c.*, pág. 447.

69 Así, por ejemplo, la crítica de Hans-Joachim HIRSCH, "Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht", *ZStW*, Band 106, 1994, págs. 746 y sigs. (753).

70 En este sentido, *v.gr.*, Bernd SCHÜNEMANN, "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", *GA*, 5 / 1995, págs. 201 y sigs. (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, pág. 48); en similar sentido, ÍD. "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, págs. 643-663 (644 y sigs., 649 y sigs.), quien —en una vehemente exposición— caracteriza el pensamiento de JAKOBS como "'normativismo libre de empirismo', a diferencia del normativismo teleológico de creación roxiniana" (pág. 645), y lo tacha de "teoría antiempirista" (pág. 646), de caer en un "mero círculo vicioso, que se ha convertido en irreconocible detrás de una terminología frecuentemente esotérica para los entusiastas" (pág. 647), lo que remarca su "carácter circular ya

de estas críticas, no es frecuente toparse 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, la Ley Penal) 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;[71] 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

---

en el nivel fundamental del sistema actual de Derecho Penal" (pág. 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" (pág. 648), etc., de modo que "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" (pág. 652).

71 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, págs. 847 y sig., 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 No. 13", Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 16.

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 formalidad, 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, entre sí, se explican recíprocamente.[72] 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 ponen 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 que el 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 po-

72 Así, la definición de "circular" ofrecida por el *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22a. edic., Espasa-Calpe, Madrid, 2001.

lítico, sea democrático o autoritario, es un argumento evidentemente tendencioso, fundado en una premisa profundamente falsa y, en consecuencia, profundamente injusta.[73] 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, 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— bien o mal, 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 futu-

73 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, págs. 233-264 (236 y sigs.).

ro—,[74] 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",[75] es decir, "un sistema lo suficientemente estable se compone de elementos inestables; debe su estabilidad a sí mismo, no a sus elementos".[76] Es lo que LUHMANN denomina *temporalización de la complejidad.*[77] Sobre esta base es evidente la continua evolución en que se halla inmerso el Derecho Penal, que llevó al Profesor TORÍO[78] a 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 inversos de incriminación y de descriminalización de determinados fenómenos sociales, en cada momento, en cada cultura. 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 mal, que esta es otra cuestión, era pues que marido y mujer se comportaran como "buenos padres de familia", etc. Por ello 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

74 Ampliamente, al respecto, Niklas LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie,* Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, págs. 70 y sigs., 253 y sigs.

75 LUHMANN, Niklas, *o.u.c.*, pág. 78.

76 LUHMANN, Niklas; *l.u.c.*

77 LUHMANN, Niklas, *o.u.c.*, págs. 77 y sigs.

78 *Vid.* Ángel TORÍO LÓPEZ, "Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito", en *ADPCP,* tomo XLII, fasc. II, Madrid, may.-ag., 1989, págs. 409 y sigs.

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 un concepción en la que tutele bienes jurídicos, porque los partidarios de ésta dirían *intrasistemáticamente* que ese 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 "aquel que observa algo debe distinguirse a sí mismo de aquello que observa".[79]

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 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 resultan disfuncionales, 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

79 *Vid.* Niklas LUHMANN, *Einführung in die Systemtheorie*, Dirk BAECKER (Hrsg.), Carl-Auer-Systeme Verlag, Heidelberg, 2002, pág. 73: "derjenige, der etwas beobachtet, muss sich selbst von dem, was er beobachtet, unterscheiden".

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, merecedor de la protección penal, 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 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 significaron en los años setenta del siglo pasado sólidas propuestas que relacionaban el Derecho Penal con la estructura so-

cial, 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,[84] su particular concepción del fenómeno criminal y de la pena como un *proceso dialéctico o dialogal* (*Strafe als dialogischer Prozeß*),[85] en la cual —sin prescindir de la referencia al bien jurídico protegido,[86] 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)[87]— concibe la pena "como un mecanismo social que tiende al mantenimiento y restauración de las posibilidades de comunicación y participación en la Sociedad",[88] íntimamente enlazadas a las exigencias, necesidades y postulados del Estado social y democrático de Derecho consagrados en la Constitución.[89] En el fondo, lo que pretende Calliess es una fundición o entrelaza-

84 *Vid.* Rolf-Peter CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagen-diskussion*, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 1973; Santiago MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1976, págs. 82 y sigs. (sobre la posición de CALLIESS), 88 y sigs. (valiosas aportaciones personales).

85 CALLIESS dedica la mayor parte de su libro al análisis de lo que él, en efecto, denomina "proceso dialogal". *Vid.* Rolf-Peter CALLIESS, *l.u.c.*, págs. 97-195.

86 CALLIESS, si bien resalta —citando en tal sentido a RUDOLPHI, OTTO y SINA— la escasa claridad del concepto de bien jurídico (*l.u.c.*, pág. 124, cono nota 301), concibe los bienes jurídicos como "mecanismos de comunicación estratégicos y centrales en los sistemas sociales" (*l.u.c.*, págs. 130 y sigs.), al tiempo que atribuye a la pena y al Derecho Penal, en igual medida, "la tutela de bienes jurídicos" (*l.u.c.*, pág. 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.*, págs. 123 y sigs.).

87 *Vid.* Rolf-Peter CALLIESS, *l.u.c.*, págs. 124 y sig.

88 *Vid.* Rolf-Peter CALLIESS, *l.u.c.*, págs. 97 y sigs.

89 A este concreto aspecto dedica CALLIESS la cuarta (y última) parte de su monografía. *Vid.* Rolf-Peter CALLIESS, *l.u.c.*, págs. 199-211.

miento científico-social de la Dogmática del Derecho Penal con la Sociología jurídica, que abra nuevas 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[90], desarrolló una "doctrina de la nocividad o dañosidad 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 una sistema de interacciones, cuyo mantenimiento se fundamenta en la formación de estructuras y en la institucionalización de normas, es de concebir el 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.

---

90 *Vid.* Knut AMELUNG, *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, págs. 330 y sigs.

91 *Vid.* Niklas LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie,* Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, pág. 35 (traducción del primer capítulo de esta obra bajo el título: *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría,* traducción de Santiago LÓPEZ PETIT y Dorothee SCHMITZ, Introducción de Ignacio Izuzquiza, Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona - Buenos Aires - México, 1a. edic. 1990, 1a. reimpr. 1997, pág. 50).

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",[91] es también aceptado por el penalista alemán como 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",[92] y por ello, "es persona real aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma".[93] 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

92 *Vid.* Günther JAKOBS, "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", en *Strafe muss sein! Muss Strafre sein? Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch,* herausgegeben von Klaus-M. KODALLE, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1998, págs. 32 (*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, pág. 17).

93 JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie,* Duncker & Humblot, Berlin, 1997 (2a. edic., 1999), pág. 99; también en ÍD. "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", *l.u.c.* (*Sobre la teoría de la pena*, *l.u.c.*).

—ninguna persona asesina—".[94] 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*",[95] y actúa *formalmente como persona, pero 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 el 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,[96] y

94 JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft,* op. cit., pág. 99; sin los ejemplos en ÍD. "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", *l.u.c.* (*Sobre la teoría de la pena, l.u.c.*).

95 *Vid.* Günther JAKOBS, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", *ZStW*, Band 107, Heft 4, 1995, págs. 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, pág. 11).

96 *Cfr.*, críticamente, Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal, Parte general,* tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal,* 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 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 la infracción de la norma. JAKOBS cree resolver el problema extrayendo un concepto, en cierto modo intermedio (que contradice el *ter-*

—al 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-

tium 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".

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";[97] por otro lado, y como 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

97 LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, pág. 83.

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*,[98] es decir, *equivalencia funcional* o *identidad estructural*. Delito y pena son, en consecuencia, estructuralmente idénticas. 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:[99]

---

98 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 filósofos y matemáticos griegos de la Antigüedad. Interesante es también la distinción entre "analogía de atribución" ("*Attributionsanalogie*") y "analogía de proporcionalidad" ("*Proportionalitätsanalogie*"), de la que no nos podemos ocupar ahora. *Cfr.* al respecto, H. SCHWARZ, "Sub voce Analogie", en *Historisches Wörterbuch der Philosophie,* herausgegeben von Joachim RITTER, völlig neuebearbeitete Ausgabe des «Wörterbuchs der Philosophischen Begriffe» von Rudolf EISLER, Band 1: A-C, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1972, págs. 214-227 (222).

99 *Vid.* Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831,* Edition und Kommentar in sechs Bänden von Karl-Heinz ILTING, Zweiter Band, *Die,*

"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 que *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 aquella que resulta necesaria 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".[100]

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

---

Rechtsphilosophie" von 1820 mit Hegels Vorlesungsnotizen 1821-1825, frommann-holzboog, 1974, § 101, pág. 366: "Das Aufheben des Verbrechens ist insofern *Wider-vergeltung,* 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, pág. 352).

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

100 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".

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,[101] y la culpabilidad como presupuesto de la acción. Por ello, el concepto de acción, para JAKOBS, consiste en "hacerse culpablemente responsable por la lesión

101 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 SCHREIBER / Günther JAKOBS / Fritz LOOS, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1974, págs. 307 y sigs. ("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, págs. 147 y sigs.).

de la vigencia de la norma",[102] 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 acto punible",[103] 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.[104] 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 socialmente reconocida como tal. La aplicación de un méto-

---

102 *Vid.* Günther JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie,* Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V., Heft 10, C.H. Beck, München, 1992, pág. 44 ("El concepto jurídico-penal de acción", en *Estudios de Derecho Penal,* op. cit., pág. 124).

103 Así, por ejemplo, Claus ROXIN, *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,* tomo 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, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1997, pág. 235, nota 8); también, Bernd SCHÜNEMANN, "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", *GA,* 5/1995, págs. 201 y sigs. (*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, pág. 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); ÍD. "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, págs. 643-663 (649 y sig.).

104 *Vid.* Enrique PEÑARANDA RAMOS, "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, págs. 289-321 (298).

do 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 dicotonómico o bipolar de delito de Franz VON LISZT y de Ernst VON BELING, más tarde adoptado también por otros autores, como Gustav RADBRUCH),[105] y constituye —al decir de WELZEL— "el más importante avance dogmático de los 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.[106]

Esta tradicional distinción ontológica entre injusto y culpabilidad había significado, en definitiva, la creación de dos mundos diferenciados (*differenzierte Welten*): el mundo de los *actos* (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 corres-

105 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.

106 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, pág. 44 ("El concepto jurídico-penal de acción", en *Estudios de Derecho Penal*, op. cit., pág. 124); también, Michael KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 1997, págs. 55 y sigs.

ponden originariamente con la separación sistemática entre *acto* y *autor*, es decir, entre *suceso o resultado "jurídicamente desvalorado"* y la correspondiente *responsabilidad del sujeto*.[107] Una separación tan radical como la aludida se muestra, según la moderna doctrina funcionalista, como insostenible.[108] 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.[109] Brevemente, con las acertadas palabras de LESCH: "El *acto* no puede separase del *autor*, y la imputación penal tampoco, pues la conexión entre hecho y autor no establece, sino que determina, *qué es realmente un acto*". 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 le configuran, no de manera prejurídica, sino por el sistema, con base en la idea de la vigencia de la norma.

---

107 LESCH, Heiko Harmut, *o.u.c.*, págs. 23 y sigs., 75 y sigs.

108 *Vid.* Heiko Harmut LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln - Berlin - Bonn - München, 1999, págs. 207 y sigs.

109 *Vid.*, sobre la teoría de los deberes (positivos y negativos), ampliamente, Javier SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichtkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999; ÍD. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 83 y sigs., 107 y sigs., y *passim*; .; ÍD. "Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik", *Lección de despedida leída el 17 de Julio de 2002 en la Universidad de Bonn*, inédita, págs. 5 y sigs. ("La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, manuscrito inédito, págs. 5 y sigs.).

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.

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 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 des-

empeña 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.

VIII. ANOTACIONES SOBRE LA BIBLIOGRAFÍA DE JAKOBS

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:

1) "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", *ZStW*. Band 107, Heft 4, 1995, págs. 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, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996; también en la colección "Cuadernos de conferencias y artículos No. 13", Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996).

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

3) "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, págs. 297-319 (No se ha publicado en alemán).

4) "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, págs. 57-72 ("La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma", en *Teoría de sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, coordinado por Carlos Gómez-Jara Díez, Comares, Granada, 2005, págs. 177-196.

5) "Personalität und Exklusion im Strafrecht", en *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert. Festschrift für Professor Dr. Dionysios Spinellis*, Herausgeber: Nestor Courakis, Abteilung für Strafrechtswissenschaften, Juristische Fakultät, Universität Athen, Ant. N. Sakkoulas Verlag, 2001, págs. 447-467.

6) "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en Günther JAKOBS, Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Thomson Civitas, Madrid, 2004, págs. 15-45.

7) "Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung", en *ZStW*, Band 117, Heft 2, 2005, págs. 247 y sigs.

Especial interés para el tema de la función del Derecho Penal, esto es, del significado de la pena, muestran los recientes estudios de JAKOBS:

1) "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", en *Strafe muss sein! Muss Strafre sein? Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch*, herausgegeben von Klaus-M. KODALLE, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1998, págs. 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 No. 16", Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998).

2) "Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?", en *Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Seiji Saito zum 70. Geburtstag am 25. Januar 1932*, Shinzansha Verlag, Japan, 2003, págs. 780-760 ("¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en Günther JAKOBS /Manuel CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2000, págs. 43-60; también en RPDJP, núm 1, Lima, 2000, págs. 151-170).

3) "¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en Günther JAKOBS, *Sobre la normativización de la Dogmática jurídico-penal,* Thomson - Civitas, Madrid, 2003, págs. 47-73.

4) "Der Zweck der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Straftheorie Hegels", en *Festschrift für Nikolaos K. Androulakis*, Ant. N. Sakkoulas Verlag, 2003, págs. 251 y sigs.

5) *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 390, Verlag Ferdinand Schöningh GmbH, Paderborn, 2004 (("La pena estatal: significado y finalidad", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, en *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, núm. 5, Grijley, Lima, 2004, págs. 171-221).

6) "La pena como reparación del daño", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía, Legis*, Bogotá *et. al.*, 2005, págs. 339-351.

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:

— Sobre la conducta penalmente relevante (acción y omisión):

1) "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 SCHREIBER/Günther JAKOBS/Fritz LOOS, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1974, págs. 307-325 ("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, págs. 147-165).

2) *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*, *op. cit.*, págs. 101-125; también en la colección "Cuadernos de conferencias y artículos No. 11", Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996).

3) "Die Ingerenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs", en 50 *Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft,* Herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris *et. al.,* Verlag C.H. Beck München, 2000, págs. 29 y sigs.

4) "La omisión: estado de la cuestión", en *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, traducción de Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Civitas, Madrid, 2000, págs. 129-154.

— Sobre el concepto de imputación objetiva:

1) *La imputación objetiva en Derecho Penal*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994; también, con un Estudio preliminar de Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996 (hay ediciones en Argentina, Perú, México, Brasil).

2) *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 344, Westdeutscher Verlag GmbH, Opladen, 1996 (*La imputación penal de la acción y la omisión*, traducción de Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Cuadernos de conferencias y artículos No. 12", Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996).

3) "Bemerkungen zur objektiven Zurechnung", en Thomas WEIGEND/ Georg KÜPPER (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1999, págs. 45-63

— Sobre el concepto de culpabilidad:

1) *Schuld und Prävention*, Recht und Staat Heft 452/453, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976.

2) *Schuldprinzip*, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Westdeutscher Verlag GmbH, Opladen, 1996.

3) "El lado subjetivo del hecho", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en Günther Jakobs, *Sobre la normativización de la Dogmática jurídico-penal*, Thomson - Civitas, Madrid, 2003, págs. 75-100.

— Sobre causas de justificación:

1) "Grade der Zuständigkeit. Überlegungen zur Entstehung und zum Gewicht von Handlungs- und Duldungspflichten", en *Himeji Law Review,* No. 39-40, March 2004, págs. 346-323 ("Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de tolerancia", traducción de Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, en Günther JAKOBS, *Sobre la normativización de la Dogmática jurídico-penal*, Thomson - Civitas, Madrid, 2003, págs. 135-163)

— Sobre la autoría y la participación

1) "Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung", *ZStW* Band 89, Heft 1, 1977, págs. 1 y sigs.

2) "La imputación objetiva en la participación. Accesoriedad y prohibición de regreso", in ÍD. *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, 3a. reimpresión, 1998 (inédito en alemán).

3) "Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation", *GA* 1996, págs. 253 y sigs.

4) "Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug", *GA* 1997, págs. 553 y sigs.

5) "Beteiligung", en Dieter Dölling (Hrsg.), *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, págs. 561-575 ("La intervención delictiva", traducción de Javier SÁNCHEZ-VERA, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 85, 2005, págs. 69-86).

— Sobre grados de ejecución del delito:

1) "Tätervorstellung und objektive Zurechnung", *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann,* herausgegeben von Gerhard DORNSEIFER/Eckhard HORN, Georg SCHILLIG/Wolfgang SCHÖNE/Eberhard STRUENSEE/Diethart ZIELINSKI, Carl Heymanns Verlag KG, Köln - Berlin - Berlin - Bonn - München, 1989, págs. 271 y sigs. ("Representación del autor e

imptación objetiva", traducción de Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ, en JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal, op. cit.*, págs. 223 y sigs.).

2) "Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person. Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils", en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001,* Herausgegeben von Bernd SCHÜNEMANN/Hans ACHENBACH/Wilfried BOTTKE/Bernhard HAFFKE/Hans-Joachim RUDOLPHI, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 2001, págs. 793-810 ("Consumación material en los delitos de lesión contra la vida. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la Parte especial", traducción de Sergi Cardenal Montraveta, en *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales,* núm. 3, Grijley, Lima, 2002, págs. 223-244).

Sobre aspectos político-criminales de la doctrina de JAKOBS (especialmente al hilo del "Derecho Penal de Enemigos"):

1) "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *ZStW*, Bd. 97, 1985, págs. 751 y sigs. ("Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", traducción de Enrique PEÑARANDA RAMOS, en Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal, op. cit.*, págs. 293-324).

2) "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, págs. 119 y sigs. (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).

3) "Derecho Penal del enemigo y Derecho Penal del ciudadano", en Günther JAKOBS/Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo*, Thomson - Civitas, Madrid, 2003, págs. 22 y sigs.

4) "Terroristen als Personen im Recht?", en *ZStW*, Band 117, Heft 4, 2005, págs. 838 y sigs. (también en *Wieviel Sicherheit braucht die Freiheit?*

30. Strafverteidigertag, Frankfurt am Main, 24. bis 26 März 2006. Materialheft, Conrad, Berlin, 2006, págs. 49 y sigs.).

5) "Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit", manuscrito inédito, 2006.

Parte especial (obras recientes)

1) Sobre eutanasia:

a) "Behandlungsabbruch auf Verlangen, en Medizinrecht - Psychopathologie Rechtsmedizin", en *Festschrift für G. Schewe zum 70. Geburtstag,* 1991, págs. 72 y sigs.

b) "Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen - Zugleich zum Verhältnis von Rechtlichkeit und Sittlichkeit", en *Festschrift für Arth. Kaufmann zum 70. Geburtstag,* Heidelberg, 1993, págs. 459 y sigs.

c) *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem,* Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, Sitzungsberichte, Jahrgang 1998, Heft 2, München, 1998.

2) ¿Existe un aborto lícito de personas?, traducción de Pilar GONZÁLEZ RIVERO, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 60, 2000, págs. 159-168.

3) "Zum Begriff des Delikts gegen die Person", en Klaus BERNSMANN/ Klaus ULSENHEIMER (Hrsg.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen. Vorträge anlässlich des Symposions zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen am 12/13.10.2001,* Carl Heymanns Verlag KG, Köln - Berlin - Bonn - München, 2003.

4) *Urkundefälschung. Revision eines Täuschungsdelikts,* Carl Heymanns Verlag KG, Köln - Berlin - Berlin - Bonn - München, 2000.

*Cuatro preguntas sobre el Derecho Penal del Enemigo**

Miguel Polaino-Orts

Sumario: **I.** Un ejemplo literario de Derecho Penal del Enemigo; **II.** ¿Qué es el Derecho Penal del Enemigo?: **A)** 1985: partida de nacimiento; **B)** Evolución y desarrollo (1999-2006); **C)** En resumen: ¿Qué significa Derecho Penal del Enemigo en el momento presente?: *1. Esencia: erosión de la seguridad cognitiva en la norma; 2. Función de la pena: combate prospectivo frente a una fuente de peligro; 3. Enemigo* versus *persona en Derecho; 4. Técnicas propias del Derecho Penal del Enemigo;* **D)** Tergiversaciones del Derecho Penal del Enemigo; **E)** El Derecho Penal del Enemigo en el pensamiento de Jakobs: ¿evolución o ruptura?; **III.** ¿Existe el Derecho Penal del Enemigo en los ordenamientos actuales?: **A)** Normas penales de Derecho Penal del Enemigo; **B)** ¿Evolución o ruptura?; **C)** ¿Descripción o propuesta?; **IV.** ¿Debe existir el Derecho Penal del Enemigo?: **A)** ¿Descripción *versus* prescripción?; **B)** ¿Quién legitima el Derecho Penal del Enemigo?; **V.** ¿Por qué existe el Derecho Penal del Enemigo?: **A)** La erosión de la seguridad cognitiva como *ratio essendi* de las normas penales contra enemigos; **B)** El deber mínimo de civilidad; **C)** Consecuencias de la erosión del deber mínimo de civilidad; **VI.** Conclusión: la ubicuidad democrática del Derecho Penal del enemigo (o ¿Por qué el Derecho Penal del Enemigo no es, en las democracias, ilegítimo *per se*?).

* Como acto académico complementario al Curso en Homenaje al Prof. Jakobs que origina esta obra colectiva recibí de la Comisión Nacional de Derechos Humanos por medio del Centro Nacional de Derechos Humanos una amable invitación para profundizar en un tema clave del pensamiento jakobsiano que, durante mi exposición en el Curso, no había quedado más que apuntado someramente. De esa forma pude pronunciar una conferencia sobre el tema "Los derechos humanos ante el Derecho Penal del Enemigo", que se celebró el martes 18 de marzo de 2003 en la sede de la misma Comisión Nacional en México, D.F. Aquellas notas de entonces han sido ampliadas y actualizadas en la ponencia que hoy se ofrece en este volumen. Mayor información podrá encontrarse en: Miguel Polaino-Orts, *Derecho Penal del Enemigo:*

I. UN EJEMPLO LITERARIO DE DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Permítanme que comience mi exposición con una referencia literaria extraida de una de las obras cumbre de la Literatura Universal: *Don Quijote de la Mancha*. En uno de los pasajes más sugerentes de toda la obra, expone CERVANTES el encuentro de DON QUIJOTE y de SANCHO PANZA con un grupo de galeotes que habían sido condenados a remar en galeras al servicio de S.M. el Rey. Unos guardas los llevaban apresados cuando DON QUIJOTE topa con ellos y les inquiere sobre la causa de su detención. Ante el asombro del hidalgo, uno de las guardas —intemperante— le responde que son galeotes al servicio del Rey, y que no hay nada más que decir. Empero, la insistencia de DON QUIJOTE hace que los guardas le permitan entablar un diálogo, delicioso por cierto, con los galeotes. La conversación se centra de manera especial en el último de los presos, un delincuente locuaz e ingenioso, pícaro y reincidente, llamado GINÉS DE PASAMONTE que CERVANTES describe como "*hombre de muy buen parecer, de edad de treinta años, sino que al mirar metía el un ojo en el otro un poco*", señal ésta, el estrabismo, que entonces se identificaba automáticamente con la desventura y la mala suerte. Pero lo que más nos interesa ahora de este pasaje de la obra cervantina es la forma especialmente asegurativa en que GINÉS DE PASAMONTE iba apresado: "*Venía diferentemente atado que los demás, porque traía una cadena al pie, tan grande, que se la liaba por todo el cuerpo, y dos argollas a la garganta, la una en la cadena y la otra de las que llaman guardaamigo o pie de amigo, de la cual descendían dos hierros que llegaban a la cintura, en los cuales se asían dos esposas, donde llevaba las manos, cerradas con un grueso candado, de manera que ni con las manos podía llegar a la boca ni podía bajar la cabeza a llegar a las manos*". Antes esa diferencia de trato, DON QUIJOTE interroga a las guardas por la razón por la que ese infeliz iba "*con tantas prisiones más que los otros*". La respuesta que ofrecen los guardianes encierra toda una filosofía político-criminal de plena actualidad: la razón estribaba en que "*tenía aquel solo más delitos que todos los otros juntos y que era tan atrevido*

Desmitificación de un concepto, Grijley, Lima, 2006, 316 págs., con ulterior bibliografía.

y tan grande bellaco que, aunque le llevaban de aquella manera, no iban seguros dél, sino que temían que se les había de huir".

El caso de Ginés de Pasamonte constituye, probablemente, uno de los primeros y más bellos ejemplos de Derecho Penal del Enemigo en la literatura española y, además, resume con claridad la *ratio essendi* del Derecho Penal del Enemigo y su distinción respecto del Derecho Penal del Ciudadano: el déficit de seguridad cognitiva que se produce en algunos casos por la especial peligrosidad de un sujeto ("enemigo") que obliga al legislador, si quiere mantener con un mínimo de fiabilidad la estructura social, a combatir de manera especialmente agravada al sujeto que causa esa inseguridad.

En el pasaje cervantino se distingue nítidamente entre dos tipos de sujetos: aquellos que eventualmente infringen la norma pero que, en lo substancial, se orientan por ella, respetan a los demás como personas en Derecho y no desestabilizan la estructura social (ejemplo de ello son todos los primeros presos) y aquellos otros que, incluso después de haber delinquido y de haber sido apresados, *siguen siendo un peligro para los demás*, porque no respetan la constitución social, impiden a los demás desarrollar su plan personal y confiar razonablemente en que el *status quo* social y normativo les va a seguir amparando.

Si no existe esa seguridad en que la norma protege las expectativas sociales y que esas expectativas son actuales, sino que incluso esa seguridad es comprometida expresamente mediante una peligrosidad exterior, entonces es preciso asegurar de algún modo más contundente a la sociedad y a las personas en Derecho frente al elemento peligroso. Es precisamente lo que ocurre con Ginés de Pasamonte: si, no obstante su *desliz reparable*, respetara a los demás como "personas en Derecho" y no supusiera un impedimento para el desarrollo de la vida social, entonces no sería necesario, o —por mejor decir— el ordenamiento no consideraría oportuno combatirlo con medidas más agravadas, sino que bastaría con las medidas aplicables a los casos *normales*; pero resulta que, en ese caso, se constata una especial peligrosidad, que produce una especial inseguridad en los demás, de suerte que el ordenamiento jurídico se encuentra ante una diatriba: o le impone a Ginés de

PASAMONTE las medidas correspondientes al resto de presos ("ciudadanos"), y entonces se pone en peligro concreto que la vida social se desenvuelva con un mínimo de fiabilidad razonable, o se agravan proporcionalmente las medidas contra él, para poder salvaguardar de ese modo la estructura social y favorecer que los ciudadanos respetuosos con la norma puedan vincular su bienestar a la vigencia de una norma real. En el ejemplo de CERVANTES vemos que se opta por esta segunda opción, a saber: se combate a GINÉS DE PASAMONTE con medidas más agravadas precisamente porque "*no iban seguros dél*", esto es, para asegurar que con ese combate agravado se pueda mantener, en esencia, el proyecto social y la confianza de las personas en Derecho en la norma.

Esto es lo que significa, en la Dogmática funcionalista, el concepto de Derecho Penal del Enemigo. En la descripción recién realizada ya hemos reseñado los elementos centrales de esa forma de criminalidad. Tiempo habrá de exponer esos elementos más detenidamente en las páginas siguientes, con ejemplos reales de los ordenamientos democráticos modernos y no meramente literarios ni de ficción. Antes de eso, echemos atrás la mirada y recordemos —vale la pena— algo de la *intrahistoria* de la moderna construcción del Derecho Penal del Enemigo.

En las páginas siguientes queremos abordar el análisis del Derecho Penal del Enemigo en el momento presente. Para ellos vamos a plantear cuatro interrogantes esenciales que se refieren a otras tantas cuestiones básicas y principalísimas para entender la problemática en cuestión. Las cuatro interrogantes que vamos a abordar son las siguientes:

1. ¿*Qué es el Derecho Penal del Enemigo* para la dogmática funcionalista moderna? Esta cuestión implica un análisis de las aportaciones de JAKOBS al respecto, lo que exige una revisión de sus sucesivas contribuciones sobre el tema.

2. ¿*Existe*, en los actuales ordenamientos democráticos, *un Derecho Penal del Enemigo*? Esta pregunta resalta el componente meramenta *descriptivo*, no *prescriptivo*, del Derecho Penal del Enemigo.

3. *¿Debe existir ese Derecho Penal del Enemigo?* Esta interrogante se refiere a la cuestión relativa a la *legitimación* de esas normas.

4. *¿Por qué existe el Derecho Penal del Enemigo?* Esto nos lleva a la cuestión relativa a si las instituciones normativas requieren o no de una cierta garantía cognitiva para poder ser actuales, esto es, para poder dirigir la comunicación en el mundo real.

A continuación, en los cuatro epígrafes siguientes, queremos dedicar nuestra atención de manera pormenorizada a cada una de estas cuestiones.

II. ¿QUÉ ES EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

A) 1985: partida de nacimiento

El tema del Derecho Penal del Enemigo ha adquirido una difusión inusitada en el último lustro. En torno al año 2000 publicó JAKOBS dos o tres trabajos en los que aludía de manera expresa al fenómeno del Derecho Penal del Enemigo en las sociedades actuales. Como suele suceder, por una lectura rápida o improvisada o por las razones que fuera, se vincularon directamente las reflexiones de JAKOBS con lo acontencido el 11-S de 2001 en Nueva York, de manera que ya se identificaba casi emocionalmente al enemigo en la termonología funcionalista con el terrorista islámico, con la Guerra de Irak, los daños colaterales, Guantánamo y otros acontecimientos recientes, etc. Pero, lógicamante, el Derecho Penal del Enemigo no es lo que los críticos de JAKOBS quieren que sea ni lo que ellos dicen que es, y esas interpretaciones al calor de lacerantes casos de la realidad no hacen sino añadir un dramatismo y también una irracionalidad que hace nublar la nitidez de los conceptos y de las reflexiones dogmáticas ofrecidas por JAKOBS en sus trabajos científicos desde mucho antes de los ataques terroristas del 11-S.

Por ello, para hablar del Derecho Penal del Enemigo en el momento presente es preciso, tal como lo ha hecho JAKOBS, realizar un análisis serio y desapasionado, una reflexión meditada y fundamentada de los actuales ordenamientos. Recordemos, brevemente, algunos pasajes de esta cuestión, desde la partida de nacimiento del Derecho Penal del Enemigo hasta la ac-

tualidad. Acuñador de ese concepto ("*Feindstrafrecht*", en alemán) fue —ya lo sabemos— JAKOBS, quien lo empleó por primera vez en una conferencia pronunciada en las Jornadas de penalistas alemanes celebradas en Frankfurt am Main hace más de veinte años: concretamente en 1985. El tema de aquella intervención era —es— una de las cuestiones más interesantes de la Dogmática jurídico-penal de la actualidad: el de la anticipación de las barreras de actuación del Derecho Penal a un ámbito anterior, más lejano, a la posterior lesión de un bien jurídico "específico", de manera que ya la criminalización anticipada se considera lesiva de un bien jurídico "general" (la seguridad colectiva, la paz pública, etc.).[1] En aquella intervención de los años 80 empleaba JAKOBS un *método inductivo*: analizaba algunos tipos de delito existentes, *de lege lata*, en el ordenamiento penal alemán, y observaba en ellos algunas características comúnes, entre las que podemos destacar las siguientes:

— Se trataba de casos de especial peligrosidad en los que se atacaban lo que el autor denominaba "*normas de flanqueo*", esto es, aquellas normas que apuntalan la constitución, la estructura social.

— En ellos se producía una anticipación de la actuación del Derecho Penal, de manera que ya los primeros indicios de lesión o peligro de un bien jurídico se consideraban punibles en casos excepcionales, siempre lógicamente que hubieran sido manifestados al exterior, salvaguardando de ese modo el llamado "principio del hecho".

— Por ello, daba la sensación de que al legislador más le interesaba el hecho futuro (por realizar) que el hecho pasado (ya realizado).

---

1 Günther JAKOBS, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *ZStW*, Bd. 97, 1985, págs. 751 y sigs. ("Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", traducción de Enrique PEÑARANDA RAMOS, en Günther JAKOBS, *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, págs. 293 y sigs., esp. 295 y sigs.).

— Además, según describía el autor, frente a los ataques a las normas de flanqueo el ordenamiento reaccionaba con un combate especialmente asegurativo, que ya se percibía en la propia denominación de muchas de esas leyes: ya no se llamaban "leyes de protección" sino "leyes de *combate*" o de "*lucha*" contra la criminalidad organizada, el terrorismo, la delincuencia sexual, etc.

— Por lo demás, el ataque especialmente asegurativo incluía la característica de que, pese a producirse ese adelantamiento, no se percibía una reducción de las penas o medidas asegurativas de manera acorde a dicha anticipación, sino antes bien una restricción de algunos derechos o garantías del sujeto a quien se combate.

¿Qué tipos de delitos sirvieron de base a JAKOBS para extraer, inductivamente, sus reflexiones? Se trataba de figuras de delitos conocidas desde antiguo en la Dogmática Penal: la criminalización específica de actos preparatorios como tipos de delitos autónomos, algunos delitos de peligro y contra la Seguridad del Estado, el delito de asociación terrorista o criminal, etc., en fin, figuras delictivas que existen no sólo en Alemania —en la Alemania actual— sino en muchos otros países democráticos del mundo. En esos delitos, decía JAKOBS, se combate a un sujeto de manera especialmente agravada por suponer un peligro frente a una norma de flanqueo, esto es, se le trata como "enemigo", y no como "ciudadano" ("persona en Derecho"), al restringírsele parte de su esfera de libertad con vistas al mantenimiento del bien jurídico general (la seguridad cognitiva): así, decía JAKOBS, "cuanto más intensamente se optimice la protección de bienes jurídicos, tanto más se define al autor como *enemigo*, sin un *ámbito interno*",[2] y ello porque, de acuerdo con esa técnica positiva, mientras "*el Derecho Penal del Enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho Penal del Ciudadano optimiza las esferas de libertad*".[3]

2 Günther JAKOBS, "Criminalización en el estadio previo...", *op. cit.*, págs. 294 y sigs., 323.

3 Günther JAKOBS, "Criminalización en el estadio previo...", *op. cit.*, págs. 298.

B) Evolución y desarrollo (1999-2006)

Pues bien, desde el año 1985 hasta aproximadamente el año 2000, durante tres lustros, el debate sobre el Derecho Penal del Enemigo fue prácticamente inexistente. Se discutía, eso sí, sobre algunas normas específicas a las que se había referido JAKOBS, pero no sobre el Derecho Penal del Enemigo como fenómeno integral en la actualidad. Resulta sintomático que las reflexiones del autor fueran razonablemente acogidas en la doctrina penalista. Baste recordar, como botón de muestra, la opinión que aquella ponencia de 1985 le mereció a un conocido catedrático alemán, Friedrich-Christian SCHROEDER, quien definió aquella primera aportación de JAKOBS como un "*impresionante alegato en favor de la libertad del ciudadano*".[4]

La polémica vino después. Fue, como dijimos, en torno a los luctuosos acontecimientos del 11-S cuando se desató el debate científico, coincidiendo con las referencias que JAKOBS había hecho en algunos de sus trabajos al Derecho Penal del Enemigo: fundamentalmente en una conferencia en España sobre la Ciencia jurídico-penal ante los retos de la actualidad[5] (1999; pronunciada, también, de forma más resumida en un Congreso en Berlín celebrado ese mismo año) y en un artículo sobre el tema "Personalidad y exclusión en Derecho Penal"[6] (2001).

---

4 *Vid.* la opinión de SCHROEDER en el informe sobre las discusiones que siguieron a la ponencia de JAKOBS en Walter GROPP, "Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1985 in Frankfurt/Main", en *ZStW*, Band 97, 1985, pág. 926.

5 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, págs. 122 y sigs., esp. 137 y sigs. (una versión extractada, diferente en algunos aspectos, pero con notas apareció en Alemania bajo el título "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart", en *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Dokumentation einer Tagung vom 3.-6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, herausgegeben von Albin ESER / Winfried HASSEMER / Björn BURKHARDT, Verlag C.H. Beck München, 2000, págs. 47 y sigs.).

Lo cierto es que, llevados quizá por un exceso de dramatismo, se desvincularon las reflexiones de JAKOBS en torno al Derecho Penal del Enemigo de su contexto propio y natural en que habían surgido (a saber: las mencionadas características de algunos tipos delictivos en la legislación alemana que lesionaban normas de flanqueo y producían inseguridad cognitiva), para identificarse con un heterogéneo grupo de reacciones sociales, e incluso de doctrinas políticas de corte autoritario, con lo que, consciente o inconscientemente, se estaba desnaturalizando en no pocas ocasiones el ámbito original de las reflexiones jakobsianas.

Como reacción a algunas críticas o salidas de tono que erraban con la comparación y repartían graciosamente adjetivos (des)calificativos, escribió JAKOBS, en el año 2003, un importante trabajo colectivo publicado primeramente en alemán,[7] y que sería poco después traducido al castellano, bajo el título "Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo",[8] en

6 Günther JAKOBS, "Personalität und Exklusion im Strafrecht", en *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert. Festschrift für Professor Dr. Dionysios Spinellis*, Herausgeber: Nestor COURAKIS, Abteilung für Strafrechtswissenschaften, Juristische Fakultät, Universität Athen, Ant. N. Sakkoulas Verlag, 2001, págs. 447 y sigs. ("Personalidad y exclusión en Derecho Penal", traducción de Teresa MANSO PORTO, en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Coordinado por Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, tomo II, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 73 y sigs.).

7 Günther JAKOBS, "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", en Yu-hsiu HSU (Hrsg.), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure. An Anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hung*, Taipei (Taiwan) 2003, págs. 41 y sigs. Este trabajo coincide casi en su integridad con el publicado, bajo el mismo título, en HRRS 3/2004, págs. 88 y sigs. (accesible en internet: http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/index.php3?seite=6#1).

8 Günther JAKOBS, "Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en Günther JAKOBS / Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo*, Thomson - Civitas, Madrid, 2003, págs. 19 y sigs. (También en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE, *El Derecho Penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de Dogmática Penal y Política Criminal*, Discursos de investidura como Profesores *Honoris Causa* por la Universidad Autónoma de Tlaxcala

el que destacó, de manera impresionante, el recio fundamento histórico-filosófico del Derecho Penal del Enemigo, enraizado en la Filosofía Liberal Europea, y en concreto en autores como HOBBES (para quien *sólo*, o *al menos*, es enemigo el reo de alta traición)[9] y KANT, quien califica de enemigo al sujeto que se halla en estado natural y no brinda la seguridad necesaria para la Sociedad, e incluso considera que es factible actuar hostilmente contra dicho sujeto, precisamente por significar un peligro que amenaza permanentemente a la colectividad.[10] Al margen de algunas opiniones más radicales (como las de ROUSSEAU y FICHTE, para quienes *todo delincuente es enemigo*), ponía de manifiesto JAKOBS[11] que ya en las construcciones de HOBBES y KANT se encuentran firmes antecedentes de la distinción y contraposición entre un Derecho Penal del Ciudadano y un Derecho Penal del Enemigo,[12] al tiempo

(México), *Laudatio* a cargo de Carlos DAZA GÓMEZ, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006, págs. 34 y sigs.).

9 *Cfr.* Günther JAKOBS, "Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo", *op. cit.*, págs. 28 y sigs.

10 Günther JAKOBS, "Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo", *op. cit.*, págs. 30 y sigs.

11 Günther JAKOBS, "Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo", *op. cit.*, pág. 32.

12 Cuestiona, en cambio, la idea de que tanto HOBBES como KANT sean "proto-penalistas" del Derecho Penal del Enemigo, Jochen BUNG, "Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person", *Wie viel Sicherheit braucht die Freiheit? 30. Strafverteidigertag, Frankfurt am Main, 24. bis 26 März 2006. Materialheft*, Conrad, Berlin, 2006, págs. 60 y sig., y critica además que los modernos ordenamientos penales de Estados democráticos se alimenten, en la teoría y en la práctica, de propuestas o recetas del Siglo XVII o similares. Sobre los antecedentes histórico-filosóficos, muy instructivo Luis GRACIA MARTÍN, *El horizonte del finalismo y el "Derecho Penal del Enemigo"*, Prefacio de José Ignacio LACASTA-ZABALZA, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, esp. págs. 89 y sigs. En relación específicamente a HOBBES y KANT, de interés, Carlos PÉREZ DEL VALLE, "Sobre los orígenes del «Derecho Penal de Enemigo». Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau", *CPC*, núm. 75, Madrid, 2001, págs. 597 y sigs. Centra el debate en el momento presente, minusvalorando el valor de los antecedentes histórico-filosóficos desde el punto de vista político-crimi-

que profundiza en la existencia real de normas de Derecho Penal del Enemigo en el ordenamiento penal actual, poniendo como ejemplo la regulación de la custodia de seguridad, prevista en el § 66 StGB que constituye una medida de carácter eminentemente asegurativo que se impone de manera adicional a una pena privativa de libertad superior a dos años de duración en determinados supuestos de especial peligrosidad: por ejemplo, en casos de reincidencia en un tiempo reciente (cuando un autor ha sido condenado en el plazo de dos años al menos a dos penas de prisión de dos años de duración), o de reincidencia con historial delictivo (que ya hubiera cumplido al menos dos años de cárcel por uno o varios delitos antes de cometer un nuevo hecho) o por especial peligrosidad del sujeto, esto es, cuando el sujeto es especialmente peligroso para la colectividad (§ 66.1.3 StGB).[13]

En época más reciente, ha vuelto a dedicar el autor una ponencia al mismo tema bajo el título "¿Terroristas como personas en Derecho?",[14] que

---

nal actual (no en el plano global-conceptual), Manuel CANCIO MELIÁ, "¿«Derecho Penal» del Enemigo?", en Günther JAKOBS / Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo*, Thomson - Civitas, Madrid, 2003, pág. 80, cont. de nota 34 (2a. edic., 2006, pág. 112, cont. de nota 40), quien por demás desarrolla algunas firmes críticas a JAKOBS en las que no nos podemos detener en este trabajo (*cfr.*, en cambio, críticamente, Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho Penal del Enemigo*, *op. cit.*, págs. 212 y sigs., 247 y sigs.).

13 A este último supuesto presta JAKOBS ("Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo", *op. cit.*, pág. 24) especialmente su atención, ya que sus rasgos describen inequívocamente lo que él describe como un fenómeno de Derecho Penal del Enemigo por atacar los pilares estructurales de la Sociedad (normas de flanqueo). Dice así dicho precepto: "Si alguien ha sido condenado por un hecho punible doloso a pena privativa de libertad de dos años como mínimo, entonces el tribunal ordenará, junto a la pena, la internación en custodia de seguridad, cuando (...) 3. de la valoración conjunta del autor y de sus hechos resulte que el mismo es *peligroso para la colectividad*, como consecuencia de su inclinación para cometer actos antijurídicos relevantes, especialmente aquéllos mediante los cuales la víctima resulta gravemente lesionada, psíquica o corporalmente, u ocasionen graves perjuicios económicos".

14 Günther JAKOBS, "Terroristen als Personen im Recht?", en *ZStW*, Band 117, Heft 4, 2005, págs. 838 y sigs.

fue pronunciada en el curso de una de las sesiones de las jornadas de penalistas alemanes celebradas en Frankfurt (Oder) el 8 de mayo de 2005. Y en este mismo Seminario Internacional, ha pronunciado el Prof. JAKOBS la ponencia inaugural, en el que —como hemos tenido oportunidad de ver— se centra de manera específica en las condiciones de vigencia de la juridicidad al hilo del Derecho Penal del Enemigo.

C) En resumen: ¿Qué siginifica Derecho Penal del Enemigo en el momento presente?

1. Esencia: erosión de la seguridad cognitiva en la norma

A la vista de la exposición realizada, puede concluirse que el Derecho Penal del Enemigo es, tal y como lo concibe JAKOBS, un ordenamiento de combate excepcional contra manifestaciones exteriores de peligro, desvaloradas por el legislador y que éste considera necesario reprimir de manera más agravada que en el resto de supuestos (Derecho Penal del Ciudadano). La razón de ser de ese combate más agravado estriba en que dichos sujetos ("enemigos") comprometen la vigencia del ordenamiento jurídico y dificultan que los ciudadanos fieles a la norma o que normalmente se guían por ella ("personas en Derecho") puedan vincular al ordenamiento jurídico su confianza en el desarrollo de su personalidad. Esa explicación se basa en el reconocimiento básico de que toda institución normativa requiere de un mínimo de corroboración cognitiva para poder orientar la comunicación en el mundo real. De la misma se deriva, no sólo un *derecho a la seguridad* (*Recht auf Sicherheit*), sino un verdadero derecho *fundamental* a la seguridad (*Grund*recht auf Sicherheit).[15]

15 Sobre ello, esencial, Josef ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1983, págs. 36 y sigs.; ID., "Der Terror und der Staat, dem das Leben lieb ist", en ID. (Hrsg.), *Der Terror, der Staat und das Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, págs. 83 y sigs. Resaltando la importancia del "derecho fundamental a la seguridad", Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, "Constitución Europea y Derecho Penal: ¿Hacia un

2. *Función de la pena: combate prospectivo frente a una fuente de peligro*

La erosión de la seguridad cognitiva en la vigencia de la norma determina que el legislador considere necesario, para mantener a salvo la seguridad colectiva, reprimir con especiales medidas asegurativas el déficit de reconocimiento de la estructura social que representa el enemigo. Esas medidas tienen como fundamento la especial peligrosidad del sujeto, de manera que la función de las mismas no es sólo la estabilización de expectativas normativas sino priomordialmente la eliminación de un peligro.[16]

Ello produce que la pena se dirija más a proteger a la sociedad mediante la prevención de futuros actos lesivos (perspectiva *prospectiva*) que a reprimir conductas ya realizadas en el pasado (punto de vista *retrospectivo*). Con ese proceder, se produce un cambio de paradigma en la actuación del Derecho Penal: la variación del punto de vista: de prestar atención preferente al hecho cometido se pasa a atender predominantemente al hecho que, en función de la peligrosidad actual del sujeto, éste puede llegar a cometer.

3. *Enemigo* versus *persona en Derecho*

La terminología que JAKOBS emplea es de cuño sociológico-sistémico (funcionalista), pero que goza de gran predicamento en el devenir histórico de la Filosofía Liberal Europea. Conforme a ella, la "persona en Derecho" representa a los ciudadanos respetuosos con el Derecho mientras que los "enemigos" son aquellos sujetos que, despersonalizándose parcialmente, se apartan

---

Derecho Penal Federal Europeo?", en Silvina BACIGALUPO / Manuel CANCIO MELIÁ (eds.), *Derecho Penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pág. 204.

16 FEIJOO lo ha explicado de manera muy gráfica al afirmar que ese tipo de medidas asegurativas (él se refiere a las medidas de seguridad y corrección, que —a nuestro juicio— son ejemplos prototípicos de normas contra enemigos) "no se diferencia(n) normativamente de la colocación de un muro de contención en una zona propensa a inundaciones o un pararrayos en una localidad especialmente afectada por tormentas". *Vid.* Bernardo José FEIJOO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Colex, Madrid, 1997, pág. 31.

de manera duradera del reconocimiento del Derecho, con lo que impiden que las personas en Derecho puedan tener razonable confianza en que el Derecho mantenga su vigencia.

De dicha situación de falta de prestación de la mínima seguridad cognitiva de respeto a la norma responde exclusivamente el propio sujeto, esto es, el "enemigo" (la despersonalización es siempre autodespersonalización), y es valorada positivamente por el legislador penal, quien —en todo caso— únicamente limita algún aspecto de la esfera de libertad del sujeto, manteniendo un amplio espectro de la personalidad de aquél (a los sujetos que se asocian con un fin terrorista se les trata como enemigos en el sentido de que se limita su libertad de actuación —ya el hecho de asociarse se considera delictivo—, pero no se le excluyen otros muchos derechos, como el de ser juzgado en un proceso justo y con garantías, asistencia letrada, etc.). En tanto autodespersonalización (parcial) del autor, éste puede zafarse de esa situación de "enemistad" de manera muy simple: aportando la mínima prestación de respeto al Derecho y a las personas fieles a la norma, de manera que, de tal modo, se librará de la limitación de su esfera de libertad que el legislador prevé para esos casos agravados.

En todo caso, como el mismo JAKOBS se encargó de señalar, la noción funcionalista de enemigo no es peyorativa, sino descriptiva, pues designa un déficit ya desvalorado por la norma. Por lo demás, es evidente que el concepto funcionalista de enemigo no se corresponde, pues, con una noción política ni pseudorreligiosa del término sino con una realidad ya *normativamente definida*.

4. Técnicas propias del Derecho Penal del Enemigo

Para el combate de dichas situaciones de despersonalización el ordenamiento jurídico prevé, de acuerdo con un principio de proporcionalidad constitucionalmente establecido, un conjunto de medidas más enérgicas o aseguratívas. Entre esas características propias del Derecho Penal del Enemigo se encuentran:

1. La *técnica del adelantamiento* del momento en que el Derecho Penal entra en acción a un *estadio anterior* a lo que sucede en los casos normales de Dereho Penal del Ciudadano. En el delito de asociación ilícita o terrorista, *v. gr.*, se sanciona a unos sujetos ya en el momento en que se conciertan con el fin subjetivo de cometer un delito, sin esperar a que en efecto lleven a cabo alguno de los delitos terroristas con cuyo fin se asocian. Así lo establece de manera expresa el legislador penal mexicano en el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada: los sujetos, tres o más, que "acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas *por ese solo hecho*, como miembros de la delincuencia organizada": Se trata, en este caso, de un ejemplo especialmente gráfico pues no sólo se produce un adelantamiento de la punibilidad ("se organicen") sino un *adelantamiento del adelantamiento* ("acuerden organizarse").

2. La *restricción de la esfera de libertad* del sujeto a quien se combate en favor del mantenimiento de la seguridad colectiva. Así, en el mencionado delito de asociación ilícita a los sujetos que se asocian —"enemigos"— se les restringe su esfera de libertad de actuación, considerando punible algo que en condiciones normales sería ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido: el de asociación.

3. La *falta de reducción de la pena* de manera proporcional a la mencionada anticipación. En el mencionado ejemplo de la asociación ilícita, se sancionan en muchos ordenamientos, también en el mexicano, dicha conducta anticipada como si ya fuese consumada, esto es, como si los sujetos ya hubiesen cometido actos lesivos de carácter terrorista contra bienes jurídicos concretos. La razón de ello radica en la creación, por parte de los sujetos que se asocian delictivamente, de un estado de inseguridad cognitiva en la vigencia de la norma, que impide a los ciudadanos respetuosos con el Derecho y las instituciones confiar razonablemente en la actualidad de la protección de sus bienes. Ejemplos de ese pensamiento lo hallamos en el mismo artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996, donde se incrimina el tipo de asociación ilícita.

D) Tergiversaciones del Derecho Penal del Enemigo

La descripción realizada recién muestra qué es el Derecho Penal del Enemigo. Al menos, qué es el Derecho Penal del Enemigo para el autor que acuñó ese concepto, y a esa explicación hemos de atenernos si queremos someter a crítica dicho fenómeno. Por lo demás, cada autor es libre de aplicar ese concepto a la realidad normativa o imaginaria que considere conveniente, siempre que haga notar que "su" concepto de Derecho Penal del Enemigo no se corresponde con el "original". Pero sucede que en la doctrina actual abundan las interpretaciones en las que se *desnaturaliza* la descripción original, atribuyendo al Derecho Penal del Enemigo en el sentido de JAKOBS características que no constan en su concepción o de las que, por poco que se lea la fuente original, consta lo contrario. Citemos algún ejemplo reciente para ilustrar cuanto afirmamos.

En un trabajo sobre el tema, aparecido en este mismo año 2006, ha expuesto críticamente Kai AMBOS la noción de enemigo, refiriéndose expresamente a una distinción que JAKOBS no maneja: la pareja de conceptos "enemigo exterior" y "enemigo interior". La diferencia entre ellos estriba, según AMBOS, en la pérdida de todos los derechos o en el mantenimiento de alguno de los derechos. Según su opinión, el primero, el enemigo exterior, "puede tener también (*algún*) *derecho*; en todo caso, dispone de ciertos derechos asegurados por el Derecho Internacional Humanitario: *derechos mínimos* a un trato *humano*; no pierde estos derechos, no se quedará sin derechos".[17] A juicio del mencionado autor, "algo completamente distinto sucede con el *enemigo interior*. Es un «disidente» en su propia sociedad. Enemigo interno es quien no vincula su propia existencia como individuo a una comunidad y no quiere integrarse en ella, quien no puede o no quiere atenerse a los valores fundamentales socialmente dominantes (...). El rechazo del otro, que amenaza la propia existencia e identidad, es un concepto constitutivo para el enemigo (...)".[18]

17 Kai AMBOS, "Feindstrafrecht", *ZStrR*, Band 124, 2006, pág. 10.

18 Kai AMBOS, "Feindstrafrecht", *ZStrR*, Band 124, 2006, pág. 10.

Materialmente este concepto de enemigo "interno" que da Ambos presenta semejanzas con el concepto jakobsiano de enemigo, con lo que la referencia crítica es más que implícita. Sin embargo, Ambos añade una frase en su defición de enemigo interno que dice lo siguiente: "El enemigo así determinado *no puede nunca* tener derechos". Esta frase es, empero, radicalmente incompatible con la descripción que ofrece Jakobs, en la que —como hemos visto— la restricción de la esfera de libertad del enemigo es puntual, de manera que el enemigo sigue conservando la mayoría de sus derechos, y —por supuesto— las garantías de un trato humano, respetuoso con los derechos fundamentales, etc. (características éstas que Ambos reserva para el enemigo "exterior").

En resumen, el concepto de enemigo interno propuesto por Ambos no es comparable con el de Jakobs, precisamente porque para éste *no existe enemigo que pierda de manera completa sus derechos*. Esta conclusión no es fruto de una interpretación personal mía ni una suposición imaginada que no consta de manera fechaciente en la obra de Jakobs, sino algo que éste mismo autor afirma de manera expresa al comienzo de su primer estudio dedicado expresamente al tema del Derecho Penal del Enemigo: "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".[19]

Desde luego, cualquier autor se encuentra en su perfecto derecho de definir la noción de enemigo como prefiera, y —en su caso— de distinguir entre enemigo interior y exterior, pero lo que no parece razonable es hacer pretender que esa distinción y el contenido material de con que se le rellena tengan un *valor universal*, y que —por lo tanto— su definición propia se corresponda con la que ofrece Jakobs, ni menos aun atribuir una descripción propia a otro autor, y criticar con ella la concepción que ese otro autor tenga del Derecho Penal del Enemigo. En resumen: si se quiere criticar el uso del

19 Günther Jakobs, "Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo", *op. cit.*, págs. 21 y sig.

concepto de enemigo en JAKOBS, así como el contenido que este autor le da a ese término, no puede emplearse el argumento de que ese concepto es contraproducente, erróneo o falso (o aún más: autoritario, antidemocrático, etc.) *precisamente por ser incompatible con el reconocimiento de derechos humanos*, ya que, como hemos visto, en JAKOBS consta expresamente lo contrario a lo que se critica.

Otro ejemplo de desnaturalización de la concepción original del Derecho Penal del Enemigo es, incluso, más reciente. Lo hallamos en un trabajo de KINDHÄUSER dedicado a la misma problemática y aparecido a mediados de 2006.[20] En él llega a sostener el autor que las anticipaciones de las barreras de punibilidad no son Derecho Penal del Enemigo, cuando hemos visto que esa técnica incriminadora es, desde su primera aportación en 1985, un aspecto recurrente e imprescindible en la descripción del fenómeno de Derecho Penal del Enemigo en JAKOBS. Desde luego, cada cual es libre de dar a "su" definición de Derecho Penal del Enemigo el contenido que considere pertinente, de acuerdo a su personal percepción de las cosas. También lo hace JAKOBS, ofreciendo una definición que destaca por tener una base empírica incuestionable: dentro de esa base real, es palmario que entre los ejemplos del Código Penal alemán a los que JAKOBS califica de Derecho Penal del Enemigo se encuentran los supuestos de punibilidad adelantada. Un autor puede proponer otro concepto de Derecho Penal del Enemigo, en el que los supuestos de punibilidad anticipada queden fuera de esa definición, pero lo que no parece lógico es criticar el Derecho Penal del Enemigo *de* JAKOBS negando que las anticipaciones formen parte, esto es, sean un fenómeno propio de su concepto de Derecho Penal del Enemigo, cuando consta que, en la construcción de ese autor, *sí lo son*. Ello supone, una vez más, desnaturalizar la concepción original que se critica, atribuyéndole elementos ajenos a la misma.

---

20 Urs KINDHÄUSER, "Schuld und Strafe. Zur Diskussion um ein «Feindstrafrecht»", en Andreas HOYER / Henning Ernst MÜLLER / Michael PAWLIK / Jürgen WOLTER (Herausgeber), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, págs. 81 y sigs.

Hay muchos ejemplos más. Uno de ellos es recurrente en un sector de la doctrina, desde luego no especialmente preocupado en leer con una mínima atención la fuente original ni en respetar las características originales del término. Nos estamos refiriendo a la difundida tendencia a interpretar las reflexiones de JAKOBS en clave política, de manera que sus reflexiones (que, como se ha visto nacen de la descripción de fenómenos criminales propios de países democráticos de la actualidad) han llegado a ser tildadas de autoritarias e ilegítimas, e incluso se ha llegado a compararlas con sistemas penales como el de la Alemania nazi. Ocurre ello cuando, por ejemplo, se equipara el concepto de enemigo en JAKOBS con el de Carl SCHMITT, cuando se considera que el enemigo como "no persona" en JAKOBS es inconstitucional por desconocer los derechos humanos, o cuando se considera que la "propuesta" de JAKOBS conocida como Derecho Penal del Enemigo es ilegítima *per se* por oponerse al concepto de Estado moderno y resucitar sistemas como el Derecho Penal de autor o de la voluntad, propios de la época nazi. Desde luego dichas interpretaciones no se producirían si los críticos leyeran a JAKOBS y acertaran a entender qué entiende este autor por Derecho Penal del Enemigo. Con una rápida lectura, se darían cuenta de que para él, Derecho Penal del Enemigo es algo tan ubicuitario como el delito de asociación terrorista (cuya legitimidad y necesidad se defiende unánimemente, también por aquellos autores que califican el Derecho Penal del Enemigo como ilegítimo) y fenómenos tan conocidos como el de los delitos de peligro y las anticipaciones criminales, que nada tienen que ver con sistemas penales autoritarios, sino todo lo contrario: se trata de fenómenos propios de las democracias modernas. Sobre este particular volveremos en la conclusión de este trabajo.

Si el Derecho Penal del Enemigo tuviera todas las características que estos críticos de JAKOBS le atribuyen, sin duda sería rechazable, ilegítimo y autoritario. Pero sucede que muchas de esas atribuciones no constan en el original, sino que consta lo contrario. Por ejemplo, no consta que el enemigo pierda todos sus derechos y sea vulnerado en su dignidad mediante tortura o trato degradante, sino que consta que, no obstante su despersonalización parcial, únicamente se le restringe algún ámbito de su libertad, como al la-

drón se le restringe su esfera de libertad ambulatoria o como al condenado a pena de multa se le merma su patrimonio. En fin, si fueran ciertas todas las características que se atribuyen al Derecho Penal del Enemigo, éste sería tan rechazable como dicen sus críticos. Pero eso no es Derecho Penal del Enemigo, o —por mejor decir— no es el Derecho Penal del Enemigo tal como lo describe JAKOBS: éste tiene unos componentes que algunos críticos se empeñan en desconocer. Mientras perdure esa situación, el entendimiento no es posible, pues se manejan conceptos diversos de Derecho Penal del Enemigo, dándose la falsa sensación además de que el Derecho Penal del Enemigo no es lo que JAKOBS dice que es, sino lo que los críticos quieran, criticándose a la postre un concepto que ha sido objeto de desnaturalización y tergiversación en relación al concepto "original". No hace falta añadir nada más al respecto, pues salta a la vista que una interpretación de ese calibre se aleja de lo que razonablemente deber entenderse por crítica o discusión científicas.

E) El Derecho Penal del Enemigo en el pensamiento de JAKOBS: ¿evolución o ruptura?

La evolución de las reflexiones de JAKOBS sobre Derecho Penal del Enemigo ha provocado en la doctrina penalista una crítica casi unánime mediante la cual se denuncia una supuesta ruptura en cuanto al modo en que JAKOBS concibe y afronta ese fenómeno criminal. En efecto, es lugar común afirmar que mientras en su primer trabajo su postura respecto del Derecho Penal del Enemigo sería eminentemente *crítica*, en los últimos tiempos habría pasado a *justificar* de algún modo la existencia de ese tipo de normas.[21]

---

21 Así, por ejemplo, Cornelius PRITTWITZ, "Derecho Penal del Enemigo: ¿Análisis crítico o programa del Derecho Penal?", *op. cit.*, págs. 110 y sig. quien aprecia entre las aportaciones de 1985 y de 1999 "un cambio de sentido"; Kai AMBOS, "Feindstrafrecht", *ZStrR*, Band 124, 2006, págs. 13, 19, quien considera que JAKOBS ha pasado de un "nivel analítico-descriptivo" a uno "legitimante": "Es un paso de concepto descriptivo y crítico-denunciatorio a uno *legitimador-afirmativo* del Derecho Penal del Enemigo". Cfr., también, Luis GRECO, "Über das so genannte Feindstrafrecht", *GA*, Heft 2, 2006, págs. 100 y sigs.

Este debate, al que nos vamos a referir con mayor detenimiento en el apartado siguiente, a mí personalmente me parece gratuito. Porque no llega a verse bien cuál es la razón por la cual no pueda hablarse en términos legitimantes de unas normas realmente existentes en países democráticos, que han sido aprobadas por sus respectivos parlamentos (representantes de la soberanía popular) y que —por tanto— ya están legitimadas por quien debía hacerlo: el legislador democrático de cada Estado. Presupuesto que sea cierto que JAKOBS, además de describir, legitima (que, además, a mi juicio no lo es), pareciera que no debiera ser causa de alarma el hablar en tono neutral, o incluso afirmativo-justificante, de unas normas que tienen presunción *iuris tantum* de legitimidad, tanto en el aspecto material como en el formal, de manera que despliegan su legitimidad y se aplican a diario en el ordenamiento jurídico hasta tanto el órgano legítimamente establecido para ello (el Tribunal Constitucional) no declare la inconstitucionalidad de esa concreta norma de Derecho Penal del Enemigo y la expulse del ordenamiento jurídico por no ser acorde con sus principios fundamentales, esto es, por ser estructuralmente disfuncional. Hasta que ello no suceda, todas las normas existentes en el ordenamiento constitucional son legítimas, y hablar de ellas dando por sentada su legitimidad no debería ser motivo suficiente para rasgarse las vestiduras ante una supuesta ilegitimidad que no consta, o de la que consta lo contrario.

III. ¿EXISTE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LOS ORDENAMIENTOS ACTUALES?

A) Normas penales de Derecho Penal del Enemigo

Una vez que sabemos qué es para JAKOBS el Derecho Penal del Enemigo hemos de verificar si las características que el citado autor predica de esa construcción se dan en normas de la realidad en otros ordenamientos democráticos (como España o México) o si son fruto de la imaginación de ese autor. Nos interesa ahora saber si en la actualidad, en los ordenamientos penales de países democráticos del presente, existen o no normas del Derecho Penal del Enemigo o si su existencia es meramente hipotética o imaginaria (como en el ejemplo literario del galeote GINÉS DE PASAMONTE con que

iniciamos estas reflexiones). Veamos tres ejemplos actuales: las medidas de seguridad penal, los llamados delitos de posesión y los denominados delitos de estatus.

1) Empecemos por las *medidas de corrección y seguridad*, instrumentos penales sobre cuya legitimidad y conveniencia existe práctica unanimidad en todas las legislaciones y países del mundo. Se trata, como es sabido, de medidas que se imponen por regla general a sujetos inimputables, o —junto a una pena— a aquellos sujetos imputables que presentan un alto grado de peligrosidad. Una grande tipología abarca estas medidas en la actualidad: internamiento en centros de deshabituación, alejamiento del hogar familiar por parte del agresor doméstico, privación de la licencia de porte de armas, etc.

La doctrina suele afirmar que las medidas de seguridad, precisamente porque se orientan por la personalidad del autor, desempeñan una función de *prevención especial*: así, el internamiento en un centro de desintoxicación o deshabituación está especialmente dirigido a un sujeto que presenta ese tipo de pecualiares circunstancias. Sin embargo, el aspecto de la orientación subjetiva a la personalidad del sujeto no es exclusivo de ese tipo de medidas: como sucede en las normas de Derecho Penal del Enemigo, también existe un componente colectivo, que se cifra en el mantenimiento de la seguridad colectiva. Así, en esas medidas de internamiento mencionadas, se reduce la esfera de libertad de un sujeto (a quien se priva de la libertad con un fin de curación, etc.) pero al mismo tiempo se reafirma la protección de la seguridad cognitiva que las personas en Derecho tienen en la vigencia de la norma.

Las medidas de seguridad no sólo se dirigen contra los supuestos de especial peligrosidad en los que recorta la esfera privada de un sujeto para mantener la seguridad de los ciudadanos en general, sino que en ellas se produce también un *adelantamiento* de la actuación del Derecho Penal que determina, como sucede en las normas de Derecho Penal del Enemigo, un cambio de paradigma (prospectivo por restrospectivo), atendiéndose más al hecho futuro que al hecho ya realizado. Así, no sólo se priva a un sujeto de la licencia para portar armas de fuego porque la usó de manera incorrecta en el

pasado, sino especialmente porque la puede usar indebidamente en el futuro, esto es, porque para la sociedad es un peligro que ese sujeto porte ahora, *de facto*, pero *pro futuro*, un arma de fuego. Igualmente, al agresor familiar no sólo se le impone una medida asegurativa de alejamiento del hogar familiar y de incomunicación con la víctima por lo que hizo en el pasado, sino porque *de facto* el legislador corrobora la existencia del peligro de que en el futuro pueda reiterar un comportamiento ilícito frente a la pareja, etc. En definitiva, no se espera a que el sujeto llegue a cometer otro hecho delictivo, sino que se adelanta la barrera de actuación del Derecho Penal a un ámbito en que el peligro aún no se ha materializado. Por ello, concurre también aquí otra característica de las normas de Derecho Penal del Enemigo: la anticipación de la sanción, con el fin de atajar el peligro lo más pronto posible, en evitación de males mayores.

En resumen, las medidas de corrección y seguridad comparten los criterios definitorios de las normas de Derecho Penal del Enemigo, hasta el punto de que aquéllas son encuadrables en éstas. Como ha reconocido la doctrina de manera implícita, en las medidas de seguridad se aprecian los mismos rasgos que en la descripción que JAKOBS ha hecho del Derecho Penal del Enemigo.[22] Quizá la opinión más clara que pueda invocarse sea la de ROXIN, quien afirma que "(n)o hace falta una amplia exposición para destacar que las medidas de seguridad y corrección ... son *fruto* del pensamiento del Derecho Penal *de autor*", porque "se han desarrollado a partir de la teoría de la *prevención especial* de LISZT ... y se orientan por principio totalmente a la *personalidad del autor*". Además, continúa el renombrado autor, como las medidas de seguridad "no requieren culpabilidad, hay un amplio retroceso del hecho concreto como fundamento de la responsabilidad", y destaca que no deja de ser "cierto que se han introducido *garantías* propias del Esta-

22 Así, expresamente, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2a. edic. revisada y ampliada, Civitas, Madrid, 2001, pág. 165: "(e)l Derecho del Enemigo sería (...) ante todo el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos".

do en el sistema de medidas de seguridad, y en esa medida tampoco son aquí totalmente *irrelevantes* el hecho y el peso del mismo. Pero en comparación con la pena —concluye ROXIN— *se han invertido los signos: la personalidad del autor está en primer plano* y el hecho sólo sirve para dar lugar a la sanción y para impedir excesos *desproporcionados* en su aplicación ...".[23] En resumen, las medidas de seguridad son, netamente, normas de Derecho Penal del Enemigo según la descripción jakobsiana.

2) En segundo término, podemos citar los llamados *delitos de posesión*, en los que se presenta la problemática adicional de la determinación de la conducta típica incriminada,[24] en tanto que se incrimina la mera posesión o tenencia de un objeto, precisamente por la *peligrosidad latente* que el mismo significa: tenencia de armas, posesión de material pornográfico, posesión de maquinaria para la falsificación de moneda, etc., sin necesidad de esperar a que con tales objetos se cometa un (ulterior) acto delictivo. También estos tipos delictivos son ejemplos de normas de Derecho Penal del Enemigo.[25]

3) En tercer término, nos podemos referir a los denominados *delitos de estatus*.[26] En ellos, se considera especialmente peligroso a un sujeto que

---

23 Todas las citas corresponden a Claus Claus ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* Band I, *op. cit.*, 4. Aufl., 2006, § 6/23 (*Derecho Penal. Parte General,* tomo I, *op. cit.*, trad. de la 2a. edic., 1997, pág. 189). Cursivas añadidas.

24 Sobre la problemática de estos delitos, Friedrich-Christian SCHROEDER, *La posesión como hecho punible*, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, Cuadernos de Conferencias y Artículos Núm. 34, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2004; y más recientemente, Nuria PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2005, págs. 15 y sigs.

25 Más extensamente sobre ello, Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho Penal del Enemigo*, *op. cit.*, págs. 66 y sig., 174 con nota 102, 214 y sigs, en parte con alguna referencia crítica a la monografista del tema Nuria PASTOR.

26 Nuria PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de status*, *op. cit.*, págs. 15 y sigs.

se haya revestido de cierta cualidad fundante, por ejemplo: la pertenencia a banda armada (Arts. 571 y sigs. CP español de 1995), sin necesidad de que realice algún hecho punible adicional que lesione efectivamente algún otro bien jurídico protegido. Un ejemplo paradigmático lo constituye el *delito de asociación ilícita* (Art. 2 Ley Federal contra la Delincuencia Organizada), en el que se considera punible un acto que, en sí sería inocuo y aun ejercicio de un derecho fundamental (el de asociarse) por los fines delictivos que muevan a esa asociación, y por la lesión de la seguridad que para sociedad la misma asociación entraña.[27] Como vimos, el mismo artículo 2 de la citada ley sanciona a los sujetos por tener el estatus de miembros de esa asociación terrorista con fines delictivos, pero no porque hayan ni siquiera principiado la realización de tales hechos punibles.

En fin, los ejemplos mencionados, que destacan por su ubicuidad en los ordenamientos actuales de países democráticos, muestran bien a las claras que el Derecho Penal del Enemigo, tal y como JAKOBS lo define, tiene una existencia real y definida en los ordenamientos democráticos modernos, que emplean este tipo de normas más agravadas con carácter de excepcionalidad. En todo caso, la excepcionalidad de estas medidas, más rigurosas que las aplicables a las relaciones entre "ciudadanos", no obstante a la evidencia de que esas normas de Derecho Penal del Enemigo existen realmente y que las mismas son acordes a las directrices del Estado de Derecho (y si no lo fueran, son —como cualquier otra norma del Estado— susceptibles de ser declaradas inconstitucionales por el órgano imparcial legítimamente previsto para ello).

B) ¿Evolución o ruptura?

Los críticos de JAKOBS han intentado encontrar un tono diferentes en las aportaciones de ese autor desde su primer trabajo de 1985 hasta los de la "segun-

27 Fundamental, Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1978; José Luis GUZMÁN DALBORA, "Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas", en *RDPC*, núm. 2, UNED, Madrid, 1998, págs. 153 y sigs.

da" época (que podríamos datar del año 1999 hasta 2006). En aquella "primera" fase, dicen los críticos, JAKOBS se movía en un plano denunciatorio, descriptivo y crítico. Ahora, en los trabajos posteriores, habría pasado a uno afirmativo, legitimador y justificante.

A mi juicio, no es cierto que exista una ruptura lógica ni argumentativa en el JAKOBS de la "segunda" época en relación a sus aportaciones primeras. Personalmente considero que las aportaciones recientes son una continuación, una depuración si se quiere, de las reflexiones de veinte años atrás. Ello se puede ver, muy claramente, si se lee detenidamente la primera aportación sobre criminalizaciones anticipadas (1985) y cualquiera de los trabajos actuales. En aquel entonces explicaba el autor el fenómeno del Derecho Penal del Enemigo como lesión de las normas de flanqueo. Esa referencia contenía ya en su base, incluso de manera explícita, la referencia a la erosión de la confianza cognitiva, concepto que más remarca JAKOBS en la actualidad para explicar su concepción del Derecho Penal del Enemigo.

Puede ilustrarse esa continuidad del discurso jakobsiano en el ejemplo del concepto de norma: ya en 1985 sostenía JAKOBS que "una norma es eficaz si presta lo que ha de prestar: aseguramiento de las expectativas",[28] y "para ello es necesario que la norma sea reconocible *ex ante* como estable por el potencialmente afectado",[29] de manera que su definición no depende sólo de los *autores potenciales* de delitos, sino también de los *sujetos potencialmente afectados*. Así, argumentaba el autor que "(s)i se acepta el enunciado de que la vigencia de la norma no sólo depende de la conducta de los autores potenciales, sino también de lo que esperan los afectados, resulta evidente que la vigencia de la norma puede verse dañada no sólo por quebrantamientos de la norma, entendidos en su sentido habitual, sino también por cualquier menoscabo de la confianza de los afectados".[30] La referencia al *menoscabo en la confianza* de los afectados como parte integrante de las expectativas

28 Günther JAKOBS, "Criminalización en el estadio previo...", *op. cit.*, pág. 314.

29 Günther JAKOBS, "Criminalización en el estadio previo...", *op. cit.*, pág. 314.

30 Günther JAKOBS, "Criminalización en el estadio previo...", *op. cit.*, pág. 314.

sociales normativamente garantizadas no es otra cosa que predicar que "toda institución normativa requiere de una cierta corroboración cognitiva si pretende dirigir la orientación real",[31] y —por tanto— "la expectativa requerirá (...) de un aseguramiento cognitivo si pretende dirigir la orientación".[32]

Por lo demás, tampoco debe ser motivo de alarma el hecho de que el autor cifre el aspecto central del fenómeno del Derecho Penal del Enemigo en la lesión a las normas de flanqueo ni en la erosión de la seguridad cognitiva que han de tener los ciudadanos en la vigencia de la norma si quieren desarrollar su personalidad en Derecho y si quiere prosperar el concepto de Sociedad. Y no debe ser motivo de alarma porque la misma fundamención ha encontrado firmes defensores en la doctrina, incluso en algunos autores, como ZAFFARONI, que hoy se presentan como vehemente críticos del Derecho Penal del Enemigo. En efecto, este autor defendía en los años 80 que el Derecho desempeña la "función de seguridad jurídica", que se centraba en el "aseguramiento de la co-existencia",[33] esto es, en asegurar "relaciones de disponibilidad" para que cada sujeto pueda disponer de lo necesario para realizarse como persona.[34] Esa seguridad jurídica tiene, según el autor, un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo: en relación al primero dice ZAFFARONI que se trata de "un concepto material y no formal, porque no se agota en una garantía abstracta, sino en una garantía concreta de disponibilidad";[35] además de ese aspecto, se encuentra uno de carácter subjetivo: "el sentimiento

31 Günther JAKOBS, "Prólogo" a Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho Penal del Enemigo*, *op. cit.*, pág. 18 (traducción del prólogo a José Antonio CARO JOHN).

32 Günther JAKOBS, "Prólogo" a Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho Penal del Enemigo*, *op. cit.*, pág. 16.

33 Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, tomo I, *op. cit.*, p. 45.

34 Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, tomo I, *op. cit.*, p. 45.

35 Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, tomo I, *op. cit.*, p. 45.

de *seguridad jurídica*",[36] esto es, la *seguridad cognitiva* en la norma de que habla JAKOBS. Sólo materializando ambos aspectos objetivo y subjetivo, como propone JAKOBS y como proponía ZAFFARONI, se está ante un Estado democrático. Es más, precisamente en ello reside, a juicio de este último autor, la diferencia entre una dictadura y una democracia: la materialidad de ese aseguramiento (objetivo y subjetivo) "es la que marca la diferencia entre el Estado social de Derecho y el Estado «gendarme»".[37]

En resumen, en mi opinión, en el pensamiento de JAKOBS no hay ruptura, sino plena evolución: no sólo no hay propuesta ni legitimación en el discurso de JAKOBS, sino que éste ha seguido una línea plenamente lógica y coherente, sin cambiar de registro a lo largo de su evolución. Por lo demás, los fundamentos de su explicación son coherentes con el Estado de Derecho, como han reconocido autores hoy críticos con la reflexión de JAKOBS.

C) ¿Descripción o propuesta?

En el aire queda, en todo caso, la utilidad del debate en torno a si JAKOBS únicamente describe o si también propone la existencia de este tipo de normas agravadas para la lucha de las situaciones de criminalidad en que se erosiona de manera intolerable la confianza de los ciudadanos en la vigencia del Derecho. A la vista de la batería de normas encuadrables en lo que JAKOBS denomina Derecho Penal del Enemigo, podrá arribarse fácilmente a la conclusión de que las reflexiones en torno a ese fenómeno criminal tienen una base empírica incuestionable, pues su denominación surge precisamente de la observación de normas ya existentes de las que inductivamente se extraen unos principios comúnes inspiradores. En ese sentido, el Derecho Penal del Enemigo no surge como *propuesta* sino como *descripción*, o lo que es lo mismo, *tiene un carácter descriptivo y no prescriptivo*, entre otras cosas *porque no puede proponerse lo que ya ha sido propuesto y aprobado* por

36 Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, tomo I, *op. cit.*, p. 45.

37 Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, tomo I, *op. cit.*, p. 45.

quien tenía la potestad para ello: los legisladores de los modernos Estados democráticos occidentales.

Lo cierto es que no se ve bien la razón por la cual dicha apreciación, si fuera cierta (que, en mi opinión, no lo es), pudiera ser motivo de reproche o de crítica. Los ejemplos de Derecho Penal del Enemigo a que se refiere el autor alemán (algunos tipos de peligro, la custodia de seguridad, el delito de asociación terrorista, etc.) son conocidos en la doctrina penal, han sido aprobados por un legislador democrático, que representa a la soberanía popular y un Tribunal imparcial —el Tribunal Constitucional— decide en última instancia sobre su adecuación a la Constitución o no; esto es, se trata de tipos delictivos ya legitimados por quien tenía la potestad para hacerlo. Por ello, no debería ser extraño que la doctrina, los jueces, etc., traten a esas figuras como legítimas, porque realmente tienen presunción de que lo son. Pero es que además, lo que hace Jakobs tampoco es legitimar esas figuras de Derecho Penal del Enemigo. Únicamente constata su existencia, analiza sus características, y extrae inductivamente unos principios descriptivos sobre *cómo va* la Política Criminal en la actualidad.

Es hasta cierto punto enigmático que la valoración de un fenómeno con una existencia real manifiesta pueda haberse presentado, por numerosos críticos, como la propuesta *de lege ferenda* que hace un autor para hacer frente a casos especialmente lacerantes, como el terrorismo islámico. Entender de manera prescriptiva el Derecho Penal del Enemigo únicamente puede entenderse por esa suerte de "olvido" de cómo ese fenómeno criminal es explicado en la concepción de Jakobs. En este sentido, no deja de ser sintomática la difundida suposición de que el Derecho Penal del Enemigo surge precisamente como propuesta para combatir el terrorismo islámico, en concreto después de los ataques terroristas del 11-S. Esa errónea suposición ha contribuido en no escasa parte a la mala prensa del Derecho Penal del Enemigo, pues en base a esta suposición se ha llegado a identificar ese ordenamiento con una suerte de sistema vengativo y represor, de marcada tendencia autoritaria, no respetuoso de los derechos humanos, y que suponía un paradigma de la arrogancia del imperialismo yanqui.

Sin embargo, como hemos visto, la identificación del Derecho Penal del Enemigo con las reacciones ante el terrorismo islámico tras el 11-S supone una tergiversación de la figura original del Derecho Penal del Enemigo, que desnaturaliza por completo su configuración primaria. Por ello, ante no pocas de las críticas a JAKOBS se tiene la impresión de que, por lo general, se desconocía que ese autor hubiera empleado ese concepto ya con anterioridad, y —en todo caso— probablemente en la mayoría de los casos se desconocía a qué supuestos se refería JAKOBS y qué significa para él el concepto de Derecho Penal del Enemigo. Otra cuestión es si realmente son necesarias esas normas de Derecho Penal del Enemigo. A la problemática de si *deben existir* esas normas dedicamos el siguiente apartado.

IV. ¿DEBE EXISTIR EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

A) ¿Descripción *versus* prescripción?

Como queda apuntado, de la pregunta sobre la existencia objetiva de normas de Derecho Penal del Enemigo en los ordenamientos democráticos de la actualidad se deriva otra cuestión relacionada, de mayor alcance: la relativa a si ese conjunto de normas excepcionales *debe o no existir*. Esta cuestión interroga, en efecto, sobre la *legitimación* del Derecho Penal del Enemigo, esto es, sobre algo que excede a la capacidad de decisión y al ámbito de competencia del jurista, que es ante todo un observador de la realidad.

La doctrina ha centrado el debate en la diatriba acerca de si JAKOBS, además de describir, también justifica de alguna forma la existencia de ese tipo de normas. Descripción *versus* legitimación es, pues, la cuestión que más preocupa a los críticos del Derecho Penal del Enemigo. Hace no mucho tiempo, en el coloquio que siguió a la ponencia de JAKOBS en las últimas jornadas de penalistas alemanes celebradas en Frankfurt (Oder) en mayo de 2005, el autor alemán fue interrogado insistentemente sobre si añadía algún componente legitimante a sus descripciones sobre la materia. En aquella oportunidad, JAKOBS afirmó que sus reflexiones contenían un "95%" de descripción, y sólo un "5%" de prescripción. La salida irónica del autor probablemente dejara indiferentes o insatisfechos a sus críticos, quizá deseosos de

escuchar el puro descriptivismo de sus reflexiones como remedio para tranquilizar sus conciencias.

Pero, además, la diatriba entre descripción y prescripción referida a unas normas jurídicas existentes es falsa y confundidora. Los críticos creen que la cuestión problemática se salva, en todo caso, eliminando todo componente prescriptivo, de manera que la reflexión se agote en la descripción. Esta postura yerra en la perspectiva porque intenta atribuir al observador una cualidad legitimante de lo que ya existe y, por tanto, de lo que ya está legitimado. A quién corresponde legitimar la norma jurídica (y, por ello, también el Derecho Penal del Enemigo) es una cuestión aparte en la que ahora nos centramos.

B) ¿Quién legitima el Derecho Penal del Enemigo?

La Sociedad es, como es sabido, acuerdo normativo.[38] La norma conforma la estructura social dotándola de un fundamento normativo. Ello se hace en función de las expectativas sociales. La Sociedad ha de valorar, conforme a sus preferencias, qué expectativas sociales han de ser protegibles, de manera que aquellas que lo sean, rellenarán de contenido a las normas de esa Sociedad. Las normas *reales* son las normas *vigentes*, y ello significa que esas expectativas que mantienen la vigencia son las normas *idóneas* para orientar las conductas sociales. Pues bien, la legitimación de una norma (también de una norma de Derecho Penal del Enemigo) presupone que la norma es vigente, que se aplica en la realidad y que tiene una vigencia *hic et nunc*, aquí y ahora; por ello, la legitimación de la norma no depende de un observador, sino de las propias condiciones de vigencia del sistema, esto es, de la estructura social. En fin, *una norma será legítima si es una expectativa es actual*.

La legitimidad de las normas de Derecho Penal del Enemigo a que se refiere JAKOBS no depende de él, como observador, ni de ningún otro autor.

38 Sobre ello, fundamental, Günther JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997 (2. Aufl., 1999). Más extensamente sobre ello, Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho Penal del Enemigo*, *op. cit.*, págs. 115 y sigs.

Depende del legislador que, en función de las expectativas socialmente protegibles, haga una selección de las preferencias de ese Estado y plasme esa selección en las normas jurídicas. Su legitimidad viene, por tanto, dada del hecho de que las expectativas sociales que ella protege sigan manteniendo su actualidad. Las normas de Derecho Penal del Enemigo son, en tanto existentes en un Estado democrático, normas plenamente legitimadas por quien debía hacerlo: el delito de asociación para delinquir, por ejemplo, existe (y es legítimo) porque existe la expectativa social de que una conducta de tal calibre no puede quedar impune, porque, si así quedara, impediría el desarrollo de la personalidad por parte de los sujetos respetuosos con la norma: si la conducta de que unos sujetos se asocien con un fin ilícito o terrorista fuera impune, considera el legislador que los demás ciudadanos respetuosos con la norma perderían su confianza, su seguridad cognitiva en que la norma les va a seguir protegiendo ante ataques ilegítimos, y por ello selecciona esa expectativa y cree preferible y conveniente sancionarla, reduciendo la esfera de libertad de los sujetos asociados para mantener la seguridad colectiva de toda la Sociedad.

En definitiva, el debate entre descripción y prescripción está desenfocado y no aporta más luz a la cuestión. La legitimación de las normas jurídicas es independiente de la valoración de un observador: las normas no son legítimas porque un autor las describa, sino porque la expectativa siga siendo vigente. Sobre ello un observador tiene poco que decir. Y en ese sentido, cuando la expectativa es actual y la norma, según el legislador, legítima, *debe existir* el precepto en cuestión, si es que se quiere tener un equilibrio entre estructura normativa y Sociedad en que la norma se integra. Si la expectativa no fuera actual, esto es, si las normas son internamente disfuncionales, entonces las instancias legitimadas para ello (y no sólo un autor individual), retirarán esa norma por ilegítima, esto es, porque la actualidad de la expectativa que protege ya ha perdido su vigencia. Es lo que ha sucedido, recientemente, con el § 14.3 de ley alemana de seguridad del tráfico aéreo (LuftSichG), que fue declarada recientemente anticonstitucional, precisamente por resultar *disfuncional* con los preceptos de la Ley Fundamental de Alemania.

V. ¿Por qué existe el Derecho Penal del Enemigo?

A) La erosión de la seguridad cognitiva de la norma como *ratio essendi* de las normas penales contra enemigos

Las tres cuestiones a que nos hemos referido hasta ahora se refieren a la explicación de qué significa Derecho Penal del Enemigo (*qué es*), a la constatación objetiva de su existencia en la actualidad (*existe* un Derecho Penal del Enemigo) y a la constatación de situaciones de peligro en las que, según el legislador, existe una expectativa normativa que mantiene su actualidad y que hace necesario combatir esas situaciones con instrumentos propios del Derecho Penal del Enemigo (*debe existir*, pues, según el criterio del legislador, un Derecho Penal del Enemigo). La última cuestión fundamental a la que queremos prestar nuestra atención es relativa a la *ratio essendi* del fenómeno del Derecho Penal del Enemigo: la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la vigencia de la norma. Ella explica el porqué unos supuestos de especial peligrosidad se sancionan de manera más agravada que otros.

En efecto, al margen de la constatación objetiva de normas que presentan los caracteres del Derecho Penal del Enemigo y de la conveniencia de su existencia (existe y debe existir) es necesario explicar el porqué de su existencia. Al inicio de estas páginas mencioné un ejemplo literario que a mí me parece ilustrador. Ya al hacer referencia a ese ejemplo, señalé el aspecto central que explicaba la razón del trato diferente concedido a Ginés de Pasamonte y al resto de galeotes. La misma explicación que Cervantes ponía en boca de los guardianes ("porque no iban seguros dél") resumía la *ratio essendi* del trato diferencial: la erosión que sufría, por mor de la peligrosidad latente que ese sujeto representaba, la seguridad cognitiva en que la norma siguiera siendo actual y siguiera manteniendo, por tanto, su vigencia para los guardianes y para el resto de personas en Derecho.

En las páginas anteriores hemos visto ejemplos actuales de normas de Derecho Penal del Enemigo cuyos criterios inspiradores difieren de los criterios aplicables para los supuestos de relaciones entre ciudadanos: al sujeto que se concierta con otros con fines terroristas se le restringe su libertad (y

no se le restringe a quien se concierta con fines benéficos), al maltratador familiar se le prohíbe acercarse a su víctima y se le comnina a abandonar y a mantenerse alejado de su vivienda familiar (limitaciones éstas de derechos fundamentales que no se imponen para los autores de un delito de lesiones no obstante cometer el *mismo* hecho objetivo), etc. La razón de ese trato diferencial (como "enemigos" y no como "ciudadanos") reside en el propio respeto a la constitución del Estado y a los demás como personas en Derecho. Ello requiere de una explicación más pormenorizada, que realizamos a continuación.

B) El deber mínimo de civilidad

La constitución social no tiene lugar como una mera suma de individuos, de entes individuales. Es una realidad más compleja que se articula a través de normas jurídicas.[39] A través de ellas, los sujetos tienen derechos y deberes (y, en ese sentido, son "personas en Derecho"). Pero las normas jurídicas desempeñan una función aún de mayor calado: posibilitan el desarrollo del mundo social, porque suponen una *institucionalización de las expectativas sociales* y porque *constituyen un modo fiable de orientación de conductas*. La norma es el modelo o patrón oficial que indica a qué deben atenerse los ciudadanos. Éstos, si quieren ser ciudadanos responsables y fieles al Derecho, han de adecuar su comportamiento a los patrones oficiales que son las normas. Pero, además, la norma, que ha de ser reconocible *ex ante* como portadora de expectativas sociales normativamente protegidas, le concede a los ciudadanos una garantía esencial para el desarrollo de su personalidad: la garantía de que pueden vincular su bienestar personal (social), esto es, la garantía de sus derechos no van a quedar desprotegidos, a pesar de la eventual infracción

39 Günther JAKOBS, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", *ZStW.* Band 107, Heft 4, 1995, págs. 843 y sigs. (*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional,* traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pág. 25). Al respecto, más ampliamente, Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho Penal del Enemigo*, *op. cit.*, págs. 115 y sigs.

normativa, porque la norma sigue siendo vigente y la expectativa que ella contiene, actual.

De esa aparentemente compleja, pero —en el mundo actual— lógica dinámica explicativa, se deduce un *deber básico* de todo ciudadano: el deber de hacer, de prestar algo, para constituir (co-constituir) por su parte la estructura social. Ésta no es, como sabemos, la mera suma de individuos, sino una realidad que se conforma con la *prestación personal* de cada sujeto. Ese *algo*, esa prestación personal de cada ciudadano es lo que he denominado *deber mínimo de civilidad*.[40] Todo sujeto, para poder ser miembro de la estructura social (persona en Derecho) ha de prestar una mínima seguridad de respeto al Estado, a la estructura social, y a los demás integrantes del grupo social, como fundamento para el desarrollo y el bienestar general. En palabras de JAKOBS: "(t)odo ciudadano está en la obligación de colaborar, de un modo general, al «funcionamiento» de la juridicidad"[41] y esa obligación es un deber de coactuar, de colaborar, de coconstituir (*mit-machen*). En definitiva, es un deber que se resume en la conocida máxima hegeliana: "*sé persona y respeta a los demás como personas*".

Por supuesto que, en el esquema descrito, el sujeto sigue teniendo como base de su actuación un amplio componente de libertad. Se trata del conocido paradigma de la *libertad de actuación* que tiene como contrapartida la *responsabilidad por las consecuencias*.[42] Todos los sujetos son libres de ac-

40 Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho Penal del Enemigo*, *op. cit.*, págs. 135 y sigs.

41 Günther JAKOBS, "Prólogo" a Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho Penal del Enemigo*, *op. cit.*, pág. 15.

42 Günther JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1991, § 28/13 y sigs.; ID., *Die strafrechtliche Zurechnung von tun und Unterlassen*, Opladen, 1996, págs. 7 y sigs., 19 y sigs.; ID., "Die Ingerenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs", en *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Herausgegeben von Claus-Wilhelm CANARIS *et al.*, Verlag C.H. Beck München, 2000, págs. 29 y sigs.; ID., "Teoría y praxis de la injerencia", en ID., *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del*

tuar como quieran: sin libres de adecuar su conducta al patrón oficial (la norma) o de defraudar ese patrón mediante la lesión de las expectativas que en él se contienen. En ambos casos, el sujeto responde por sus consecuencias: en el primero, esto es, si respeta en líneas generales la norma, sintiéndose orientado por ella (aunque de manera incidente, como un "desliz reparable", pueda haberla infringido), responde de ello, al ser tratado con las garantías propias del ciudadano; en caso contrario, cuando se erige en exterminador de la norma, no prestando su garantía mínima de respeto de los demás como personas en Derecho, también responde de su actuación, a saber: soportando las consecuencias normativas (más agravadas, más aseguratívas, que el legislador prevé para los casos de erosión intolerable de la seguridad cognitiva en la vigencia de la norma).

El tránsito del primer al segundo estadio (de ciudadano a enemigo) es, lógicamente, axiológico-normativo: es el legislador, y no un autor (observador), el que decide, de acuerdo a las expectativas sociales, cuándo se respeta el deber mínimo de civilidad ("sé persona y respeta a los demás como personas") y cuándo se infringe: por ejemplo, el autor de un delito de lesiones es "ciudadano", porque —pese a su desliz incidental— se sigue orientando en líneas generales por el respeto a la norma; no es "ciudadano", sino "enemigo", el autor de un delito de violencia de género, porque —aunque haya cometido la misma acción objetiva, a saber: golpear a otro— continúa sien-

---

Derecho Penal, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, págs. 14 y sigs.; últimamente, ID., "Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung", *ZStW*, Band 117, Heft 2, 2005, págs. 259 y sigs.; Urs KINDHÄUSER, "Fundamentos y sistemática de los delitos contra los derechos patrimoniales", traducción de José Antonio CARO JOHN, en Urs KINDHÄUSER, *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*, José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO (Editores), Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima, 2002, pág. 24. Sobre la interacción entre Derecho y libertad, también, Pilar GONZÁLEZ RIVERO, "El fundamento de las penas y las medidas de seguridad", en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coordinador), *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, tomo I, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 66.

do un peligro, un impedimento, para que la víctima pueda dearrollar su personalidad, su proyecto social: por eso, se le imponen medidas contra enemigos especialmente agravadas, que limitan su esfera de libertad personal (prohibición de comunicación o acercamiento a la víctima, prohibición de residencia en un lugar, abandono del hogar familiar, etc.). En el caso del desdichado GINÉS DE PASAMONTE: éste es tratado como un "enemigo" porque no prestaba ese mínimo deber de civilidad, sino lo contrario: el resto de ciudadanos respetuosos en lo esencial del Derecho "*no iban seguros dél*", esto es, él mismo representaba una amenaza constante que les impedía a aquéllos desarrollarse como personas en Derecho. De ahí que fuera necesario, según las leyes de la época, imponerle "tantas más prisiones que los otros".

C) Consecuencias de la erosión del deber mínimo de civilidad

Si el sujeto no cumple con su mínimo deber de colaboración (*mit-machen*), entonces se despersonaliza parcialmente, siendo tratado por el ordenamiento jurídico como un enemigo (maltratador familiar) y no como un ciudadano (autor de delito de lesiones). Y ello porque la falta de cumplimiento de su mínima obligación como ciudadano ("sé persona y respeta a los demás como personas") es desvalorada, según el criterio axiológico-normativo oficial (estatal, de acuerdo a su estructura normativa), por el ordenamiento jurídico, estableciendo para esos casos medidas más agravadas, mediante las cuales se pretende *forzar* lo que *debió prestarse, pero no se prestó*, a saber: la seguridad cognitiva y la garantía mínima de respeto de la estructura social y de la personalidad de los ciudadanos fieles a la norma.

El forzamiento de la seguridad cognitiva mediante medidas especialmente asegurativas contra enemigos se hace, según el legislador, necesario, porque la seguridad cognitiva es *condicio sine que non* para el ejercicio de la personalidad. Ya sabemos que la norma tiene una estructura compleja, en la que no sólo se tiene en cuenta el aspecto del quebrantamiento (del autor) sino también el de la víctima (su confianza en que la norma sigue vigente: esto es, la seguridad cognitiva en que el Derecho le ampara). Por eso, la

erosión de la seguridad cognitiva dificulta e, incluso, imposibilita el desenvolvimiento de la vida social.

Resumidamente se puede decir que tres son las consecuencias principales de la lesión de la seguridad cognitiva en el Derecho:[43]

a) En primer lugar, esa erosión supone un *atentado* contra la *razonable confiabilidad* en la *norma* como *modelo de orientación social*, precisamente porque el sujeto peligroso que no presta la mínima garantía de respeto del deber de civilidad lesiona no sólo el aspecto objetivo (lesión de bienes jurídicos) sino también el subjetivo (confianza en la vigencia y en la actualidad de la norma), de manera que, por razón de dicha inseguridad cognitiva, los ciudadanos ya no se encuentran cognitivamente amparados por la mínima seguridad de que sus bienes y derechos van a ser protegidos. Las normas de Derecho Penal del Enemigo ponen de manifiesto que es necesario, según el legislador, aplicar un criterio más agravado que el del Derecho Penal del Ciudadano, precisamente para mantener la confianza colectiva en la vigencia de la norma, esto es, porque —como diría JAKOBS— de la estructura de la norma no sólo forma parte el aspecto del quebrantamiento (punto de vista del autor) sino el aspecto de la confianza (punto de vista de la víctima), o —para decirlo con palabras de ZAFFARONI— el legislador considera necesario establecer normas de Derecho Penal del Enemigo para garantizar "el sentimiento de *seguridad jurídica*"[44] de los ciudadanos.

b) En segundo término, con la producción de inseguridad cognitiva por parte del sujeto peligroso se *incapacita* la función de la norma como *medio de orientación de conductas*, porque —no existiendo ya garantía de que la norma mantiene su vigencia— la expectativa socialmente protegida deviene inactual, perdiendo la norma su virtualidad para fungir como

43 De manera más detenida, Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho Penal del Enemigo*, *op. cit.*, págs. 1328 y sigs.

44 Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, tomo I, *op. cit.*, p. 45.

modelo oficial o vehículo de expresión de las expectativas socialmente tuteladas.

c) Finalmente, y de manera coherente con lo anterior, mediante la despersonalización del sujeto peligroso ("enemigo") se imposibilita la *realidad de la juridicidad completa*. Siendo presupuesto de ésta el pleno desarrollo de la personalidad dentro de los parámetros socialmente razonables, dicha juridicidad resulta impedida cuando no se dispone de la garantía suficiente de que el sujeto (enemigo) se va a comportar como persona, lo cual implica respetar a los demás como personas en Derecho. En los casos de Derecho Penal del Enemigo, eso es expresamente negado, y en favor del mantenimiento de la posibilidad de juridicidad completa, se considera necesario arbitrar medidas aseguratívas de mayor contundencia que las aplicables a las relaciones entre ciudadanos respetuosos con la norma, precisamente como medio para que esa juridicidad *sea posible*, esto es, *sea una realidad razonablemente aceptada*.

En resumen, ante la falta de prestación de la mínima garantía cognitiva, se hace necesario, a los ojos del legislador, *forzar* la garantía de seguridad cognitiva con medios especialmente combativos cuando esa garantía no se presta *motu proprio* por el sujeto. Y todo ello porque la prestación de la seguridad minima de respeto a los demás como personas es un presupuesto del que se hace depender el desenvolvimiento de la vida comunitaria.

VI. CONCLUSIÓN: LA UBICUIDAD DEMOCRÁTICA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO (O ¿POR QUÉ EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO NO ES, EN LAS DEMOCRACIAS, ILEGÍTIMO *PER SE*?)

A lo largo de este trabajo hemos abordado cuatro cuestiones básicas: *qué es*, *existe*, *debe existir* y *por qué existe* el Derecho Penal del Enemigo. De la exposición realizada ha quedado claro el carácter de ubicuidad democrática de esas normas, con lo cual ha de rechazarse enérgicamente la difundida crítica que identifica la construcción del Derecho Penal del Enemigo con sistemas injustos o autoritarios. De hecho, el planteamiento de una distinción entre Derecho Penal del Enemigo y Derecho Penal del Ciudadano únicamente tiene sentido, como acertadamente ha señalado GRACIA MARTÍN, en

las democracias, pues en los regímenes autoritarios "se puede decir que en realidad toda la legislación está prendida por una antorcha de guerra contra enemigos".[45]

Con ello, no se quiere negar que en los regímenes autoritarios se haga uso de normas del Derecho Penal del Enemigo. Al contrario. El Derecho Penal del Enemigo, en tanto conjunto de normas, existe tanto en las dictaduras como en las democracias. Pero el problema en las dictaduras es de raíz. Las normas de Derecho Penal del Enemigo no son ahí ilegítimas porque el Derecho Penal del Enemigo lo sea *per se*, sino por el déficit de democracia que caracteriza a esos países. En definitiva, mientras en las dictaduras todas las normas (las del enemigo y de las del ciudadano) son *ilegítimas per se*, en las democracias todas las normas (las del enemigo y las del ciudadano) son *legítimas per se*, y tendrán esa presunción de legitimidad formal y material hasta tanto no se declare, por el Tribunal imparcial legitimamente establecido para ello, lo contrario. En última instancia, ahí, en la posibilidad de un control de legalidad objetivo e imparcial, reside la diferencia entre una dictadura y una democracia.[46]

Por lo demás, llama poderosamente la atención la existencia de una extraña unanimidad en la doctrina contraria a la legitimidad de las reflexiones jakobsianas en torno al Derecho Penal del Enemigo. Pero no menos extraño resulta que los críticos del Derecho Penal del Enemigo no propongan correlativa y coherentemente la desaparición de las normas concretas del Derecho Penal del Enemigo a las que JAKOBS califica como pertenecientes a tal fenómeno. Porque, desde luego, no puede explicarse coherentemente que se califique el Derecho Penal del Enemigo *in totum* como ilegítimo, pero se defienda la legitimidad del delito de asociación para delinquir, los

45 Luis GRACIA MARTÍN, "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho Penal del Enemigo»", en *RECPC*, 07-02 (2005), pág. 4 (http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf), pág. 4.

46 Sobre ello, con mayor detenimiento, Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, págs. 202 y sigs.

delitos de pertenencia a banda armada, las medidas de alejamiento contra delincuentes peligrosos, las medidas de seguridad, etc.

A este respecto, rememoraba el Prof. JAKOBS la reacción que, en un foro científico, tuvo con un conocido penalista cuando fue interrogado por la legitimidad y la necesidad del Derecho Penal del Enemigo: su respuesta fue que no era legítimo ni necesario, porque ya con los instrumentos ahora existentes (anticipación de la punibilidad, incriminación del consorcio para delinquir, delitos de pertenencia a banda armada, custodia de seguridad..., esto es, exactamente eso a lo que el mismo JAKOBS califica como Derecho Penal del Enemigo) se podía combatir correctamente esa forma de criminalidad especialmente peligrosa. Y es que, como añadía con humor (con buen humor), el Prof. JAKOBS *¡para qué queremos vino, si ya tenemos jugo de uva fermentado!*[47]

47 Günther JAKOBS, "Prólogo" a Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, pág. 17.

Delito de infracción de deber

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles

Sumario: I. La institución negativa; II. Instituciones positivas

El Derecho Penal trata de garantizar las condiciones mínimas de la vida en Sociedad. Dejando aquí de lado la discusión en torno a la realización efectiva de tal garantía —entiéndase: estabilización de la norma—, parece claro que habrá que explicar, en primer término, cómo se desenvuelve la vida en Sociedad.

En este sentido, la moderna dogmática jurídico-penal habla de instituciones como base de la Sociedad. La vida en común hunde su raíces en instituciones sociales: Instituciones, que la hacen posible y la impulsan, y en verdad, en una institución de carácter negativo, y en otras que poseen una esencia predominantemente positiva.

I. La institución negativa

La institución negativa a la que me estoy refiriendo es conocida desde el Derecho Romano, y se resume en la sentencia "no dañar a nadie" ("*neminem laedere*"). Que esta institución debe ser garantizada por el Derecho Penal es tan obvio como que ninguna Sociedad puede renunciar a ella, al menos, sin dejar de ser precisamente eso: Sociedad y no "estado natural" en donde reina la guerra de todos contra todos. Y así, aunque con diferencias terminológicas, este principio aparece recogido en los sistemas iusfilosóficos más destacados: para Kant, se trata de no inmiscuirse en las "esferas de libertad" ajenas; en la Filosofía del Derecho de Hegel, la máxima se concreta en el conocido "respeta a los demás como personas" (parágrafo 36), y para Schopenhauer

"el deber jurídico ante los demás es: ¡no dañes!"; por citar solamente algunas de las formulaciones de este principio.

El quebranto de esta institución negativa da lugar a los llamados delitos de organización o de dominio del hecho. En palabras de JAKOBS, el autor de estos delitos extiende su ámbito de organización de forma no permitida a costa de ámbitos de organización ajenos, o expresado en palabras de los autores citados, el autor "daña", "no respeta la esfera de libertad ajena" o "a los demás como personas". Dicho en forma resumida, el autor organiza defectuosamente.

Tal prohibición de dañar puede infringirse tanto por acción como por omisión, y en verdad, dependiendo de cómo sea el *statu quo* ante en el que se encuentra el autor. Explicado mediante un caso, tal y como fue formulado en 1883 por RÖTERING: la prohibición de organizar defectuosamente al conducir un carruaje, se puede quebrantar conduciendo contra un peatón, acción, o no volviendo a tomar las riendas que se habían soltado en caminos solitarios cuando el carruaje se desvía a una concurrida calle, omisión. La satisfacción de la expectativa jurídica, que siempre es la misma, en nuestro caso: no atropellar a alguien, dependerá del *statu quo* ante: si se tienen todavía las riendas en las manos, no conducir defectuosamente; si se soltaron, aun de forma justificada, y el carruaje se dirige ahora a una calle concurrida, desviarlo, ergo: de nuevo, no conducir defectuosamente.

Así pues, de la institución negativa, se sigue que quien organiza debe responder de su organización actuando (tomando de nuevo las riendas) u omitiendo (no conduciendo contra las personas). En caso contrario, puede hablarse por tanto del quebrantamiento de una expectativa negativa, no dañar, que se ve defraudada ya por acción, ya por omisión. La omisión que defrauda tal expectativa, no incumple pues un mandato, sino siempre y en todo momento una prohibición. Esta tesis no es sino la consecuencia de los principios del Estado de Derecho: Quien organiza, a quien se otorga libertad de organizar, responde de las consecuencias de su organización. Libertad de organizar sin contraer responsabilidad no es libertad sino libertinaje.

De los autores antes mencionados, HEGEL recoge con claridad la idea, de que la prohibición de organizar defectuosamente puede ser incumplida no sólo por un obrar sino también mediante un omitir. En el parágrafo 38 de su Filosofía del Derecho, en efecto, se puede leer: "Hay tan sólo [se está refiriendo al Derecho Abstracto] prohibiciones jurídicas, y la forma positiva de los mandatos jurídicos se basa, atendiendo a su contenido, en una prohibición." Lo cual, rescatando de nuevo nuestro ejemplo, significa que nos encontramos ante una prohibición, la de organizar defectuosamente cuando se conduce, y que el "mandato" de tomar de nuevo las riendas, atendiendo a su contenido, se basa en esa prohibición, en otras palabras, en sentido estricto no se trata de un mandato. Otros autores, incluso desde Sto. Tomás DE AQUINO, recogieron en sus sistemas la idea, sin duda algo imbricada, de que una prohibición, la de no dañar, pueda quebrantarse mediante una omisión; imbricada pues ciertamente, las teorías normológicas al uso enseñan que las prohibiciones aparentemente se violan mediante acciones y no mediante omisiones.

La consecuencia inmediata de lo dicho hasta ahora es: Pese a un creencia generalizada, las omisiones a las que me vengo refiriendo son perfectamente equiparables a la comisión, y por ello no requieren de una especial regulación. El fundamento según el cual se debe actuar y que convierte a estas omisiones en delitos, reside en haber organizado previamente. Estas acciones y omisiones constituyen pues delitos comunes, delitos de organización o dicho en la terminología tradicional, delitos de dominio.

II. INSTITUCIONES POSITIVAS

—A—

Pero el servicio prestado por estos filósofos a la moderna dogmática penal —como ha sido puesto de relieve por PERDOMO TORRES recientemente— va más allá: Por ejemplo HEGEL en la tercera parte de su *Filosofía del Derecho* (eticidad), PUFENDORF o SCHOPENHAUER reconocieron además de la institución negativa unos deberes positivos, que no se agotan en la prohibición de

dañar del *neminem laedere*, sino que imponen jurídicamente que se edifique un mundo en común, una prestación de ayuda y fomento. Especialmente siguiendo a SCHOPENHAUER pueden ser distinguidos dos grandes grupos de estos deberes positivos, los deberes familiares y los estatales. "Quien tiene un hijo" —dice SCHOPENHAUER— "se encuentra obligado a sustentarlo hasta que él sea capaz de sustentarse por sí mismo (...). En efecto, mediante la simple no prestación de ayuda, es decir, una omisión, se le lesionaría o incluso se le causaría la muerte." También habla SCHOPENHAUER de los "deberes positivos del Estado" para "su propio sostenimiento".

Dejando de lado los pormenores de la formulación de SCHOPENHAUER, de sus palabras —así como de otros sistemas iusfilosóficos— se deduce que más allá de la institución negativa, existe responsabilidad en virtud de otras instituciones, cuya nota principal es su positividad: ya no se trata de un no-dañar, sino precisamente de un actuar positivo, de un "sustentar" o "prestar ayuda" en unos casos, y de un fomento de la situación del bien jurídico, en otros casos, aun cuando no exista una organización previa de la que se tenga que responder.

Con esto abandonamos pues la institución meramente negativa y los delitos de dominio, para adentrarnos ya en las instituciones positivas. Así como los delitos de organización devienen del quebranto de la institución negativa consistente en no-dañar, la violación de las instituciones positivas da lugar a los llamados delitos de infracción de deber, cuya primera formulación se remonta al escrito de habilitación de ROXIN en 1963.

En estos delitos lo relevante no es —aunque lo halla— el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber específico que sólo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva. Así, el deber de los padres frente a sus hijos, de los cónyuges entre sí, del administrador de bienes ajenos, del juez o funcionario público, etc. En unas ocasiones, como en el caso de los deberes de los cónyuges entre sí, o de los padres frente a los hijos, el legislador no ha instituido tales deberes positivos expresamente, en otras sí. Este es el caso de los delitos de funcionarios, o por ejemplo del delito de revelación de secretos, del de deserción, del delito de

falso testimonio etc. Si el no-funcionario, A, obliga a un funcionario, F, para que éste, a su vez, coaccione a un tercero, T, a prestar una declaración determinada en un proceso, constituyendo un delito de torturas, A tiene indudablemente el dominio del hecho sobre el mismo —puesto que actúa mediante un instrumento que obra coaccionado (F)—, pero en cambio no responde como autor puesto que del delito de torturas por parte de funcionario, el autor, naturalmente, sólo puede ser un funcionario. Puesto que la cualidad de funcionario se exige expresamente, calificar como autor a un no-funcionario, incluso a un no-funcionario *con dominio del hecho*, resultaría una extensión de la punibilidad en desacuerdo con el principio de legalidad. Así pues, el dominio del hecho no es un "principio universal" para determinar la autoría. Antes bien, respecto de algunos tipos penales el legislador no atiende a la naturaleza externa del comportamiento del autor, sino que el fundamento de la sanción reside en que se incumplen las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial positivo —en el ejemplo expuesto, el rol de funcionario—.

En efecto, el Hombre no sólo configura el mundo externo, sino que se ve inmerso en un mundo ya configurado. Se tiene, como ya se dijo "un status especial", que obliga a edificar un mundo en común, basado en un comportamiento solidario. Así, los deberes de los padres respecto de los hijos o los deberes estatales. El componente de solidaridad en los primeros es claro, respecto de los segundos, se puede explicar brevemente: El Estado concede el beneficio de la justicia gratuita a quien no puede pagarla —con independencia del delito por el que sea acusado—, y ayuda a sus ciudadanos por ejemplo en caso de catástrofe incluso a aquellos que defraudando impuestos no han contribuido al sostenimiento del propio Estado del que ahora reciben la ayuda.

También qué ha de entenderse por el mandato de construir u organizar un mundo en común, de fomentar el bien jurídico, puede ser aclarado aquí brevemente de la mano de un ejemplo: Cuando una persona adulta ve como un niño de corta edad juega junto a un estanque de gran profundidad, y contando con la posibilidad de que caiga al agua abandona el lugar para evitar

tener que rescatarlo, probablemente no responda —puesto que podrá alegar que cuando él abandonó el lugar el niño todavía no se encontraba en peligro—, y todo lo más, lo hará por la omisión del deber de socorro. Si el que ve como el niño juega, etc., es su padre, responderá, como mínimo, por una tentativa de homicidio, y si el niño muere, por el delito consumado. La diferencia entre ambos supuestos es clara: en el segundo, puesto que el padre se halla inmerso en la institución positiva paterno-filial se le exige un plus, no un mero salvamento en caso de necesidad: la construcción de un mundo en común con su hijo.

Las expectativas que vienen referidas a una institución positiva poseen pues —a diferencia de las expectativas negativas del *neminem laedere*— un doble contenido: Toda institución positiva encierra en sí misma la institución negativa —pero no al contrario—. El deber de la madre de edificar un mundo en común con su hijo en virtud de la institución positiva paterno-filial comprende evidentemente el deber de no dañarle. Esto que parece una obviedad conlleva consecuencias, en cambio, que no son reconocidas por la generalidad de la doctrina: Si la madre organiza algo dañoso para su hijo, por ejemplo, facilita el arma homicida a quien pretende asesinarlo, quebranta no sólo la institución negativa, sino también la positiva, lleva a cabo pues un delito de infracción de deber.

—B—

Ambas instituciones, la positiva y la negativa, deben ser diferenciadas tajantemente. En la tradición iusfilosófica se tiende a enunciar la institución negativa mediante una prohibición —"no dañes"—, en tanto que la positiva se formula a modo de mandato —"ayuda"—. No obstante, esa misma tradición iusfilosófica ha formulado, igualmente, la institución negativa como un mandato, por ejemplo, de respeto a los demás. Y es que, esta forma de ver las cosas también resulta plausible. Así, en virtud del principio *duplex negatio est affirmatio* (*conceptos contradictorios*), es posible, desde un punto de vista lógico, formular una prohibición como un mandato o viceversa, según se dé preferencia a la acción o a su *contradictorio* —la omisión—. La conse-

cuencia de esto es obvia: la forma externa de la norma, prohibición o mandato, no es en absoluto decisiva en cuanto a la determinación de su contenido material; si la formulación es plenamente intercambiable —mandato o prohibición como conceptos contradictorios—, es evidente que no puede ser ligado a ella corolario jurídico alguno. Normativamente es irrelevante que el legislador haya formulado —en apariencia— una norma como mandato o prohibición o, en fin, cómo sea interpretada dicha norma por el juez.

Este primer nivel, perfectamente intercambiable, es un nivel lingüístico o, también denominado, de los "tipos codificados". De esta manera, la tesis de que los mandatos y prohibiciones de estos "tipos codificados", son intercambiables, complementa la tesis que ya se alcanzó, según la cual el autor de un delito de dominio del hecho puede quebrantar la "prohibición" *neminem laede* también mediante una omisión —a pesar de que aparentemente las prohibiciones se incumplen mediante acciones—. Dicho en otras palabras, la intercambiabilidad de los tipos codificados ofrece también una explicación al porqué del principio "prohibitivo" *neminem laede* devienen también deberes de acción, que no son, por tanto, deberes especiales.

La intercambiabilidad no rige, empero, para el concepto de "institución". Y es que, la institución negativa "no-dañar" no se encuentra en una relación de *contradicción* con las instituciones positivas de edificación de un mundo en común para ayuda y fomento de un bien jurídico. En efecto, el concepto contradictorio —y por tanto intercambiable— de la institución negativa "no-dañar" es hacer algo que "dañe" el bien jurídico, pero no hacer algo que "mejore" su situación, edificar con él un mundo en común de ayuda y fomento (instituciones positivas). La institución negativa (cuya lesión supone un delito de dominio) reza: "No hace falta que organices, pero si organizas, te has de ocupar de las consecuencias de tu organización". Las instituciones positivas, que dan lugar a los delitos de infracción de deber, disponen, en cambio: "Has de edificar un mundo en común con un determinado beneficiario de la institución, para su ayuda y fomento". La institución negativa y, en verdad, con independencia de su formulación como prohibición o mandato, señala únicamente que el otro debe ser respetado como persona. La

instituciones positivas exigen, además, la edificación de un mundo en común.

De este modo, *los tipos penales deben ser interpretados de acuerdo con los conceptos inintercambiables institución negativa/institución positiva, y no de acuerdo con los conceptos intercambiables prohibición/mandato*. Si un tipo penal se encuentra, aparentemente, formulado como una prohibición —por ejemplo la prohibición de matar del delito de homicidio— esto no significará una necesaria correlación con la institución negativa, ni, por tanto, con un delito de dominio del hecho. Aquellos tipos de la Parte Especial que, supuestamente (según la opinión dominante), describen un delito de dominio o común, por estar formulados a modo de prohibiciones, *v. gr.* el homicidio, pueden ser también delitos de infracción de deber, puesto que tales tipos han de ser interpretados de acuerdo con las instituciones descritas. Por ello, el padre —obligado especialmente por la institución paternofilial— que mata a su hijo, es autor de un delito de infracción de deber y no, simplemente, de uno de dominio del hecho.

—C—

Que el autor de un delito lo sea, no por quebrantar una prohibición, sino precisamente por incumplir un deber positivo resulta, según cierta doctrina, problemático. En efecto, se insiste con frecuencia, por ejemplo por autores de la importancia de GALLAS, que el estatuir obligaciones de hacer supone una moralización del Derecho Penal que, en un Estado que tenga por principio respetar la libertad individual, no puede aceptarse. Los deberes positivos pertenecen al ámbito de la moral, puesto que el Derecho, en un Estado que respeta la libertad de los ciudadanos como bien fundamental, se ha de conformar tan sólo con prohibir conductas que lesionen, o en su caso, que pongan en peligro, esferas de libertad.

Estas afirmaciones de GALLAS, también seguidas por ENGISCH y otros, no son nuevas. Así, ya en 1556 Domingo DE SOTO sostenía, que "no porque estemos obligados a no hacer mal a nadie, se sigue que estemos obligados

por ley de justicia a hacer bien a todos." Y argumentaba: "La prohibición del mal es más amplia que el mandato de hacer el bien. (...) Por ejemplo, no podemos matar a nadie, ni despojarle de sus bienes; sin embargo, no estamos obligados a cuidar de la vida, ni de los bienes ajenos de todos, a no ser en caso de urgente necesidad; mas esto, no pertenece a la ley de la justicia, sino a la de la misericordia." Y no fue el único: KANT también incluyó los mandatos en el campo de la moral, y tildó a los deberes morales (*Tugendpflichten*) de deberes imperfectos en contraposición con los deberes jurídicos. Los deberes jurídicos, como ya se indicó, consistirían en la prohibición de dañar la esfera de libertad ajena, los morales por su parte, en un mandato, el de procurar el bienestar de los demás, siendo estos últimos imperfectos por no poder ser exigidos coactivamente.

Sin embargo, la conclusión de que los deberes positivos no tienen cabida en el Derecho Penal es, al menos para la sociedad actual, incorrecta. Si bien no puede negarse que los deberes positivos para la edificación de un mundo en común restringen el ámbito de actuación propio —como se vio, hay por ejemplo que mantener la capacidad de ayuda preparada—, esta restricción es absolutamente legítima. En efecto, las instituciones positivas aseguran las condiciones fundamentales de existencia de la institución negativa, en definitiva de la libertad. Objetivo de la Constitución española no puede ser garantizar la institución negativa, la libertad individual, sin asegurar simultáneamente los medios para garantizar tal institución, medios que no son otros sino precisamente las instituciones positivas. ¿Cómo asegurar de acuerdo con la institución negativa, por ejemplo, el derecho a la vida y libertad de los niños menores de edad, si a la vez no se garantiza éste derecho mediante unos deberes positivos de asistencia con base en la institución paterno-filial? — El motivo por el cual la tradición iusfilosófica dio cabida a las instituciones positivas pero las trató más bien como una excepción a los deberes negativos, descansa en una concepción del Estado, liberal en extremo, un modelo de Estado que, si ya entonces resultaba dudoso, hoy resulta insostenible. Sabido es que nuestro Estado se autodefine también como un Estado *social*.

—D—

Otro reproche frecuente a la teoría de la infracción del deber argüye que la noción de institución positiva es demasiado abstracta para poder encontrar aplicación en Derecho Penal. Se censura que las instituciones positivas, como tales, no se encuentran legisladas, especialmente no está regulado qué es una institución positiva, ni —especialmente— que las instituciones positivas deban desempeñar un papel en el ámbito de la teoría del delito.

Pero lo cierto es que esta "fatalidad" —esto se olvida demasiado pronto— también es compartida por la institución negativa. Que los artículos correspondientes del Código Penal amenacen con pena el homicidio o las lesiones dice en principio tan poco sobre la institución negativa como sobre la positiva. Si los casos más problemáticos de acciones a propio riesgo en el marco de la discusión sobre del SIDA por ejemplo, caen bajo la prohibición del *neminem laedere* o no, no se encuentra recogido en los preceptos reguladores del homicidio o las lesiones, lo mismo que tampoco allí —en esto sí con razón la doctrina mayoritaria— se establece expresamente algo sobre la institución paterno-filial.

—E—

Desde la teoría del dominio del hecho se han formulado igualmente reproches a la teoría del delito de infracción de deber, olvidando que el delito de infracción no hace sino complementar al de dominio del hecho, sin ser en absoluto ambos incompatibles. En cualquier caso, tales críticas no son consecuentes. Así por ejemplo, o bien se adhiere uno a la teoría del delito de infracción de deber, o habría que afirmar la impunidad de la madre que deja morir a su hijo tras el parto por falta de cuidados. En efecto, de la mano de una auténtica teoría del dominio del hecho, un dominio del hecho que sea tal y no un mero disfraz para esconder una infracción de deber, no pueden ser resueltos tales supuestos. El propio GALLAS, defensor a ultranza de una teoría del dominio del hecho globalizadora (todo se debía solucionar con la

teoría del dominio del hecho), hablaba en estos casos de que su sistema debía hacer, no obstante, una "concesión".

El intento más reciente de explicar estos casos desde una teoría del dominio del hecho, el del penalista alemán Georg FREUND, tampoco ha resultado exitoso. FREUND ha intentado fundamentar por ejemplo, que los deberes de los padres serían una contrapartida sinalagmática de sus derechos, igual que el deber de la institución negativa de responder por las consecuencias tiene su fundamento en haber podido organizar. Pero tal explicación no convence: Cuando el ordenamiento jurídico impone a los padres la carga de ocuparse del recién nacido, éstos no disfrutan todavía de ningún derecho sino sólo de obligaciones; si no desean las obligaciones que devienen de la institución paterno-filial es cierto que pueden dar su hijo en adopción, pero esto ya supone en sí una obligación positiva, la de ocuparse de los trámites. Si una obligación es impuesta —no se trata de una autoobligación—, no se puede hablar, por definición, de una relación sinalagmática en el sentido de que la obligación es la otra cara de un derecho, la obligación será, simplemente, una imposición.

Probablemente el propio FREUND haya visto estas fricciones en su sistema, y es por ello que se cubre acentuando que el sinalagma deberes/derechos reside en una especie de "permanencia en la institución". Los deberes positivos, por ejemplo de una madre, se basarían en todo caso en su libre elección de no haber dado su hijo en adopción. Pero tal corrección resulta igualmente insuficiente. No puede aclarar aquellos casos de deberes positivos para los que no existe una alternativa de renuncia. Así por ejemplo, no se puede "rehusar" al deber positivo de testificar en juicio, de tal manera que todo intento de justificar dicho deber a modo de sinalagma de los derechos que él supuestamente conlleva está condenado al más rotundo fracaso (¿en qué beneficia individualmente el acudir a un juicio como testigo?: absolutamente en nada). En suma: Los deberes positivos tienen otro fundamento distinto que el deber negativo de no-dañar de los delitos de dominio del hecho y por ello los delitos de infracción de deber siguen otras reglas, en contra de lo que pretendían estos sectores de la doctrina.

—F—

Las consideraciones relativas a la "imposición de un deber positivo" y a la "permanencia en la institución" sirven también para aclarar otra cuestión: sólo existen dos formas conformes a Derecho de autoexcluirse de deberes positivos.

En primer lugar, y como ya se aludió, determinadas instituciones brindan esta posibilidad siguiendo un determinado procedimiento. La adopción en la institución paterno-filial, el divorcio y la separación legal o de hecho en el matrimonio, o la excedencia de la carrera funcionarial, son algunos ejemplos de ello. Otras instituciones, esto no debe ser olvidado, no ofrecen tal posibilidad (el testigo no puede desvincularse de la institución justicia que le obliga a asistir al juicio a declarar, salvo en los excepcionales casos en que sea familiar del acusado, etc.).

En segundo término, también existe la posibilidad de autoexcluirse de los deberes positivos de una institución mediante delegación de los mismos pero siempre —y esto debe ser subrayado— respetando los institutos liberadores de la imputación objetiva. Los padres pueden por ejemplo dejar a su hijo en un hospital, sin tener que controlar en todo momento las actuaciones médicas puesto que están cubiertos por el principio de confianza, o enviar solo al colegio a su hijo adolescente pero menor de edad por estar amparados por el principio del riesgo permitido.

Sin embargo, sea porque la institución no lo permite, sea porque no se ha respetado el procedimiento adecuado, o sea porque se trata de una delegación no cubierta por los principios liberadores de la imputación objetiva, toda renuncia a los deberes de la institución positiva conlleva responsabilidad, al menos por tentativa. De esto ya se vio un ejemplo: el padre no puede dejar solo a su hijo que no sabe nadar cuando éste está a punto de caer a una piscina, y luego alegar si se ahoga que no se le pudo ayudar por no encontrarse allí. Tampoco podrá la mujer denegar los deberes de auxilio al marido si no existía entre ellos al menos separación de hecho, ni el testigo en juicio

declarar tan sólo parte de lo que vio alegando que no se siente obligado a ello.

—G—

Por último, y antes de pasar a la teoría de la participación, señalar brevemente otra característica de los delitos de infracción de deber. Si en estos delitos la base de la responsabilidad es la lesión de un deber específico, es evidente la irrelevancia de cómo se produzca la lesión, por acción o por omisión. Ejemplo: Que el funcionario público encargado de la custodia de un preso, le ayude a fugarse incumpliendo su deber funcionarial mediante la acción de abrir la puerta cerrada o mediante la omisión de cerrar por la noche la que durante el día se encontraba abierta, es absolutamente intrascendente para la tipicidad del delito de quebrantamiento de condena llevada a cabo por funcionario en favor de preso a su cargo. O, no sólo comete delito de tortura el funcionario que abusando de su cargo y con el fin de obtener una confesión atente contra la integridad física de una persona, sino también el funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten estos hechos. A esta conclusión ha llegado de forma muy convincente la moderna doctrina colombiana (PERDOMO TORRES) y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la fundamentada Sentencia de 13 de noviembre de 2001 (ponente MONTEALEGRE LYNETT).

—H—

(1)

El concepto de delito de infracción de deber despliega, como se ha visto, innumerables consecuencias en el marco de la teoría del delito. Pero su efecto más característico es en el ámbito de la intervención delictiva. La tesis central es: el obligado positivamente responde en caso de incumplimiento como autor —salvo alguna excepción ni tan siquiera digna de mención—, y ello con independencia de si junto a él un actuante —con o sin dominio del hecho—, un omitente o las fuerzas de la Naturaleza contribuyeron a que se produjese el resultado.

Esta regla rige también para aquellos tipos de la Parte Especial que no han sido explícitamente positivados como delitos de infracción de deber —no se trata por ejemplo de delitos de funcionarios—, pero que deben ser interpretados a la luz de una institución positiva. Siempre que se lesiona una institución positiva se está ante un delito de infracción de deber, con independencia de la formulación externa del tipo penal, y lo que es más importante, con independencia de si se han llevado a cabo comportamientos organizativos de ayuda. Ejemplo: La madre que facilita al asesino de su hijo (de la madre) el arma homicida responde no como partícipe sino como autora. En efecto, como ya se indicó, las expectativas ligadas a la institución positiva paterno-filial son dobles —a diferencia de las de la institución negativa—. Toda institución positiva encierra en sí misma la institución negativa. El quebranto de la institución negativa por un obligado positivamente, viola también pues la institución positiva. Es obvio que el deber de la madre de edificar un mundo en común con su hijo comprende también el deber de no dañarle ni ayudar a hacerlo, lo que significa que la madre comete un delito de infracción de deber, lo que a su vez implica que es autora.

(2)

Sobre la cuestión de la coautoría cabe decir:

(a) Si coincide el quebrantamiento del deber de un obligado especial con el comportamiento del autor de un delito de dominio, por ejemplo la esposa omite impedir que un tercero mate a su marido, ambos, obligado y no-obligado, esposa y tercero, serán autores independientes. Para el obligado especial, la mujer, se trata de un delito de infracción de deber, para el *extraneus*, de un delito de dominio. Puesto que al *extraneus* no le incumbe el deber especial, ambos sujetos nunca podrán ser coautores.

(b) Tampoco es posible una coautoría de dos obligados por la institución positiva. En efecto, los dos obligados no lesionan los deberes de la institución conjuntamente —sólo en su forma externa—, sino cada uno por sí. Puesto que el deber que impone la institución es

personalísimo, así también lo será su lesión, siempre individual. Varios funcionarios de prisiones que cooperan en la huida de un preso, uno no cerrando una puerta, otro abriendo otra, un tercero, indicando al preso el mejor camino, no son coautores de un delito de infracción de deber, sino todos autores. En caso de que los obligados organicen la lesión del bien jurídico de forma conjunta, podrá hablarse de coautoría, pero sólo respecto del delito de dominio del hecho que *también* se cometió y no respecto del de infracción de deber. Si los padres organizan con un tercero el asesinato de su hijo (de los padres) no existe un delito de infracción de deber en coautoría, sino, para los padres, dos delitos de infracción de deber y un delito de dominio en coautoría.

(3)

Los efectos de la teoría del dominio del hecho para la autoría mediata son:

(a) Si un obligado especial (*intraneus*) utiliza a un tercero, *extraneus*, para cometer la infracción de deber, responderá como autor igual que si hubiese omitido impedir el hecho. Ejemplo: El funcionario público que se vale de un tercero que desconoce la situación para destruir unos documentos cuya custodia le estaba encomendada responderá como autor de un delito de infidelidad en la custodia de documentos. Puesto que al fin y al cabo concurren los presupuestos externos de una autoría mediata —existe un hombre de atrás que responde y un hombre de delante que es utilizado por aquél— no hay inconveniente en hablar aquí por motivos meramente didácticos de autoría mediata, es decir de autoría mediata también para los delitos de infracción de deber. Pero en este caso habrá que aclarar que se trata de una autoría mediata simplemente terminológica, esto es, no una autoría mediata basada en los distintos tipos de dominar el hecho de un tercero.

Lo mismo sucede cuando el obligado especial no se vale de un instrumento que yerra, sino de un tercero que no puede ser autor porque no posee la cualificación especial, esto es, la pertenencia a la institución positiva: El obligado especial es siempre autor directo con independencia de la responsabilidad del hombre de delante. Ejemplo: El in-

dustrial I, que posee una máquina para destruir documentos, destruye un voluminoso sumario judicial que le es facilitado por el funcionario F. A pesar de que el dominio del hecho lo tiene I, F es autor de un delito de infidelidad de documentos. Por cierto que si el industrial realizase tan sólo labores de complicidad, por ejemplo, facilitar al funcionario la máquina para que sea él mismo quien destruya los documentos, disfrutará de una doble aminoración de la pena: Por un lado, la propia de su participación como cómplice; además, otra por no ser él funcionario.

(b) Por último también existe un delito de infracción de deber cuando el obligado especial no impide hechos delictivos de un tercero —por ejemplo de un enfermo mental— del que él, en virtud de una institución positiva, es responsable.

(4)

Hasta ahora se han analizado las formas de autoría y participación que son posibles en el obligado especial, esto es, si el policía, los padres etc. responden como autores, autores mediatos, cómplices, etc. Pero en sociedad no todos son padres, ni policías etc., y el que es policía puede que no sea padre, o el que es padre, sólo a veces coincidirá que también sea policía. Quiero decir: no todos se encuentran obligados a la vez por *todas* las instituciones positivas. Así pues, se plantea la pregunta de qué sucede cuando una persona no-vinculada por la institución positiva, de todas formas colabora en su lesión.

(4.1)

En primer lugar puede pensarse en el supuesto de aquel *extraneus* que utiliza como instrumento a un obligado especial. En un proceso penal por ejemplo una de las partes engaña al juez de tal manera que le conduce a dictar una sentencia que, desde un punto de vista objetivo, constituye una flagrante prevaricación. O un particular engaña a un funcionario para que éste incluya en un registro oficial datos falsos. No siendo el hombre de atrás obligado

especial por la institución —no es juez ni registrador—, hay que descartar la posibilidad de una autoría mediata. La autoría mediata no es sino una forma de autoría y por ello el hombre de detrás debe también estar obligado por la institución. Tales comportamientos del extraneus sólo podrán ser punibles mediante la creación de tipos penales ad hoc (así, en el segundo supuesto en la legislación alemana) o a través de otros delitos también cometidos en forma de autoría mediata. En el segundo supuesto será pues posible una condena por un delito de detención ilegal cometido en autoría mediata (el extraneus utiliza al juez para privar de la libertad al tercero).

(4.2)

El segundo grupo de casos de intervención de terceros en un delito de infracción de deber lo constituyen la inducción, complicidad y cooperación necesaria. La posibilidad de tales formas de participación en la infracción de deber ajena no es en sí problemática. Incierta resulta tan sólo la cuestión, de cómo debe responder el partícipe. Ejemplo: El que induce a un policía a unas torturas: ¿responde como partícipe en las torturas o simplemente en unas lesiones? ¿Y aquel que induce a un juez a prevaricar? La respuesta de la opinión mayoritaria es la siguiente: Cuando se trata de un delito llamado impropio de infracción de deber —por ejemplo el de torturas— el partícipe ha de responder por su intervención en el denominado tipo básico. En caso de tratarse de un delito propio de deber —por ejemplo el delito de prevaricación— el partícipe no podrá obviamente responder por su intervención en un inexistente tipo básico, por lo que responderá como partícipe en el delito de infracción de deber si bien con la pena atenuada por no ser él especialmente obligado —si lo fuese no sería partícipe, sino directamente autor—.

Sin embargo, esta respuesta no satisface plenamente. En verdad, cuando se aplica la teoría del delito de infracción de deber de una forma consecuente, hay que concluir, rotundamente, que dentro de dicha categoría no hay sitio para los denominados delitos de infracción de deber impropios, o, dicho de una forma más exacta, para una diferenciación entre delitos de infracción de deber propios e impropios (o "delitos especiales propios" y "de-

litos especiales impropios" en la terminología tradicional). O bien no existe una lesión de los deberes de una institución positiva y, entonces, no estamos ante un delito de infracción de deber —tampoco "impropio"—, o bien existe tal lesión, pero la misma fundamenta también siempre la punibilidad del obligado especialmente. Pretendidas "agravaciones del contenido de injusto" de un delito de infracción de deber, respecto de delitos comunes o de dominio del hecho, es algo absolutamente desconocido dentro de la teoría de la infracción de deber, como, entre otros aspectos, quedó demostrado *supra* cuando expusimos los pilares iusfilosóficos de los delitos de dominio del hecho y de los de infracción de deber, o cuando rechazamos el pensamiento del dominio del hecho para estos últimos. Estar obligado positivamente significa tener que edificar un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico, y, en verdad —como ha sido mostrado—, con independencia de si a la vez, se hubiera dañado una institución negativa, aunque no se hubiese estado obligado positivamente (por ejemplo, en el caso del funcionario de prisiones que comete el delito de favorecimiento de quebrantamiento de condena, por acción), esto es, independientemente de si, en la terminología habitual, hay un denominado delito común subyacente o no. La institución negativa, como vimos partiendo de la tradición iusfilosófica, ha de ser diferenciada de forma clara de las instituciones positivas.

La punibilidad se fundamenta en la infracción del deber positivo; si, además, el autor posee el dominio del hecho sobre el suceso, ello es, como sabemos, irrelevante para la fundamentación de su punibilidad como autor de un delito de infracción de deber. No es correcta, por tanto, ni tan siquiera, la afirmación de que hay un delito común "subyacente", en los delitos de infracción de deber impropios que han sido llevados a cabo por acción (que podrían considerarse, desde las bases que aquí se están criticando, como los casos más claros de tipos "subyacentes"), pues, de otra manera —es decir: *si nos estamos a la acción y no a la infracción de deber*—, habría que condenar como cómplice, como ya vimos, a la madre que presta el cuchillo con el que se va a dar muerte a su hijo, en tanto que si "tan sólo" hubiese omitido, habría que condenarla como autora: absurdo. Y es que, como sabemos, no

hay que estarse a un posible dominio del hecho sobre un delito común subyacente (que sólo daría lugar a la citada complicidad).

No hay un injusto de grado medio entre los denominados delitos de infracción de deber *propios* y los delitos comunes o de dominio del hecho, que resida en los delitos de infracción de deber *impropios*. La suposición de que el injusto de un delito de infracción de deber impropio sería distinto —¿más débil?— que el de un delito de infracción de deber propio, no casa con la teoría del delito de infracción de deber. En ambos casos, en los denominados delitos de infracción de deber propios y en los impropios, se trata, de igual manera, del incumplimiento de los deberes que impone una institución positiva. O bien esa lesión se ha producido —y entonces la denominación del delito de infracción de deber como "impropio" es absolutamente superflua—, o bien tal lesión no se ha producido, pero, entonces, no estamos ante un delito de infracción de deber: *tertium non datur*.

El hecho de que, desde un punto de vista fenomenológico, exista, aparentemente, un denominado delito común subyacente, que puede ser ejecutado mediante dominio del hecho por un no obligado positivo, resulta, para la tipicidad del delito de infracción de deber, absolutamente irrelevante. Este tema —cuando de verdad se haya cometido también el denominado delito común subyacente— es una cuestión que, simplemente, habrá de resolverse en el ámbito de los concursos.

–I–

Por ir finalizando, queremos analizar ahora la situación de un obligado especial que, aparentemente, comente a la vez un delito de infracción de deber y uno de dominio del hecho. Ya SCHOPENHAUER percibió la existencia de tales casos y los denominó de "doble injusticia": ésta tendría lugar, cuando alguien tiene el deber "de proteger a otro de una determinada manera, con lo que el incumplimiento de ese deber ya constituiría una lesión del otro, ya sería injusto [daño para la institución positiva]; siendo así que él mismo, además, ataca y lesiona incluso precisamente al que tenía que proteger [también daño para la institución negativa]. Este es el caso, por ejemplo, de (...)

un tutor que sustrae las propiedades a su pupilo, de un abogado que prevarica, de un juez que se deja sobornar, de aquel a quien se ha solicitado asesoramiento y da intencionadamente un consejo perjudicial; (...)".

Las aseveraciones de SCHOPENHAUER, pese a enunciar magníficamente el problema del concurso entre la lesión de la institución positiva y la lesión de la institución negativa, no lo resuelven de una forma plenamente satisfactoria. En efecto, las reglas del concurso de leyes demuestran que, en realidad y por sorprendente que pueda parecer, en los casos que estamos estudiando no nos hallamos ante varios delitos ni, por consiguiente, ante un injusto "doble", sino que, antes bien, la conjunción en la persona del obligado especial de un delito común o de dominio del hecho con uno de infracción de deber, fundamenta un concurso aparente entre ambos delitos o, mejor dicho, un concurso aparente de leyes.

En efecto, estamos ante un concurso aparente de leyes, en concreto, ante un caso de especialidad. Como ya se analizó, todo comportamiento del obligado positivo que lesione la institución negativa, lesiona siempre también —desde un punto de vista lógico— la institución positiva (sin que esto rija a la inversa). La institución positiva correspondiente contiene todos los elementos de la institución general, esto es, de la institución negativa —el obligado positivamente no debe dañar—, y, además, al menos, un elemento nuevo: el obligado positivamente deberá edificar un mundo en común para fomento y ayuda del bien jurídico de que se trate. En suma, el obligado positivo que actúa, comete el mismo delito de infracción de deber que quien omite (en virtud de la resolución del concurso aparente de leyes). Un motivo más para tratar de igual modo a los delitos de infracción de deber denominados propios e impropios, y a la participación en ellos.

—J—

Por último, muy brevemente, debemos hacer mención a la posibilidad de una *doble aminoración* de la pena del extraneus partícipe en un delito de infracción de deber. La misma es posible y ya ha sido apuntada. La doble aminoración tiene lugar, en su caso, de la siguiente manera: por un lado, la

propia del partícipe como *extraneus*, esto es, como interviniente que no está obligado positivamente por una institución positiva. La otra, puede venir determinada, atendiendo al *quantum* de la intervención realizada.

En efecto, puesto que el aporte participativo del interviniente no tiene por qué ser muy importante, sino que puede ser de complicidad, la aplicación de una única aminoración de la pena conllevaría consecuencias que chocarían con la idea de equidad, pues se impondría la misma pena a quien aportó mucho al delito de infracción de deber que al cómplice en tal delito, a pesar de que los Códigos Penales establecen de forma expresa, habitualmente, que para este último, es obligada una aminoración de la pena la consecuencia jurídica.

En otras palabras: si el aporte del partícipe ha sido tan pequeño que el mismo no debiera ser calificado sino como de complicidad, la pena debe aminorarse dos veces: una, como en cualquier caso de participación en un delito de infracción de deber, porque el partícipe no estaba sujeto por el deber especial (si lo estuviese, sería autor); y la otra, porque su aporte era de complicidad y, según las disposiciones habituales de los Códigos penales, a los cómplices se les impone una pena inferior a la fijada por la Ley para quien realizó un aporte más importante al delito. En caso de aplicarse tan sólo una aminoración de la pena se dejaría de tener en cuenta una de las dos circunstancias mencionadas: no se tendría en cuenta que el partícipe no estaba especialmente obligado, o no se tendría en cuenta que el aporte del partícipe tan sólo consistió en una complicidad, para la que los Códigos Penales, por regla general, establecen una aminoración obligatoria de la pena.

El concepto de imputación objetiva

Yesid Reyes Alvarado

Sumario: I. La imputación objetiva dentro de una concepción finalista de la teoría del delito; II. La imputación objetiva dentro de una concepción normativa de la teoría del delito.

El tema de la imputación objetiva ha venido adquiriendo creciente importancia entre los estudiosos del Derecho Penal en los últimos años, lo cual no ha ocurrido tan sólo a nivel latinoamericano, pues ya a comienzos de la década del noventa la doctrina alemana lo calificaba como uno de los "temas de moda" del momento dentro de la dogmática. Debido a ello puede observarse igualmente una tendencia a ocuparse del tema, bien a partir de escritos monográficos sobre la naturaleza misma de la imputación objetiva, o a través de artículos puntuales referidos a alguno de los elementos que la componen, o relacionados con las implicaciones que ella tiene en el tratamiento de alguna figura específica de la teoría del delito. Si bien resulta usual que dentro de estas polémicas doctrinales se evidencie disparidad de criterios en el manejo del tema, llama la atención que en esta materia buena parte de los aspectos alrededor de los cuales se centran las más duras confrontaciones, son el resultado de la falta de precisión sobre lo que debe entenderse por "imputación objetiva".

Esa falta de claridad respecto del concepto mismo de imputación objetiva ha llevado a que en algunos puntos las tesis aparezcan como frontalmente opuestas e irreconciliables, cuando en realidad se trata de posturas que sólo pueden ser entendidas como contrapuestas en la medida en que han sido

adoptadas a partir de dos concepciones diversas de la imputación objetiva, de manera que en tales eventos la polémica podría evitarse o, cuando menos replantearse, si quienes intervienen en la misma fueran conscientes de que no están de acuerdo sobre el contenido del tema que someten a debate. A partir de esta observación, con el presente escrito pretendo tan sólo poner en evidencia que la actual discusión en torno a las bondades y capacidad de rendimiento de la imputación objetiva en la dogmática penal, involucra dos formas completamente distintas de entender la imputación objetiva, de manera que una confrontación de opiniones sólo podrá resultar fructífera, si quienes en ella intervienen están de acuerdo en el concepto de imputación objetiva sobre el que desarrollarán la polémica. Con esto no quiero decir que desde el punto de vista del Derecho Penal sólo sea factible concebir dos formas de entender la imputación objetiva, pues lo cierto es que tratándose de un concepto casi tan antiguo como la ciencia penal misma, muchas han sido las acepciones que de él se han manejado a lo largo de toda la evolución de la teoría del delito. No obstante lo anterior, habré de referirme aquí sólo a las dos más recientes formas de entender la imputación objetiva, que son las que en los últimos treinta años han dado lugar a la actual polémica.

1. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DENTRO DE UNA CONCEPCIÓN FINALISTA DE LA TEORÍA DEL DELITO

A comienzos de los años treinta, Hans WELZEL formulaba en Alemania las primeras bases para el replanteamiento de una teoría del delito que, como la causalista, era cada vez más frecuentemente atacada por los diversos problemas sistemáticos que afrontaba. Un primer aspecto central en la propuesta de WELZEL estaba constituido por su idea de despojar a la relación de causalidad de su preeminencia en la construcción de la teoría del delito, sobre el supuesto de que no era esa la forma correcta de trazar el límite entre aquellas conductas que le interesan al Derecho Penal y aquellas otras que escapan de su radio de acción; desde el punto de vista meramente causal —señalaba WELZEL— no hay ninguna diferencia entre el rayo que causa la muerte de un ser humano y el hombre que dispara sobre su congénere qui-

tándole la vida, pues en uno y otro casos el fallecimiento de la víctima es el resultado de una causa, sin que por ello el derecho penal se interese tanto en la acción de quien accionó el arma de fuego como en la descarga eléctrica producida por el rayo. La circunstancia de que este último evento natural no le interese a la ciencia penal, pondría en evidencia (conforme al planteamiento de Welzel) que no es la existencia de una relación causal lo que despierta el interés del Derecho Penal y, por consiguiente, no es ella la que puede servir como elemento central para la construcción de la teoría del delito. Siguiendo con este símil, sostuvo Welzel que la verdadera diferencia entre la muerte causada por el rayo y la originada por la intervención del ser humano, radica en la *intencionalidad* de la conducta que, desde luego, no puede ser predicada del rayo sino tan sólo del ser humano, pese a que ambos pueden ser considerados como causa de las respectivas muertes.[1] Con esto no pretendió nunca Welzel asegurar que la relación de causalidad carecía por completo de importancia dentro de la teoría del delito, sino tan sólo destacar que no es ella su aspecto central pues, a su modo de ver, lo que permite distinguir entre aquellos hechos que le interesan al derecho penal y aquellos que escapan a su ámbito de acción es la existencia de la *intencionalidad* de la conducta.

Un segundo aspecto central en la propuesta de Welzel tuvo que ver con el tratamiento de los bienes jurídicos, respecto de los cuales planteó que no debían ser entendidos de forma estática, como simples piezas de museo que deben permanecer encerradas en escaparates de vidrio para impedir que se los manipule sino que, por el contrario, debían ser comprendidos de manera dinámica, esto es, como elementos que forman parte de nuestra vida social y con los que estamos interactuando de manera permanente.[2] Esta concepción dinámica de los bienes jurídicos supondría que no toda lesión que a ellos se cause resulta relevante para el Derecho Penal, pues existirían

1 Cfr. Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 11a. edic., 1969, pág. 33.

2 Cfr. Hans Welzel, "Studien zum System des Strafrecht", en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), tomo 58, Walter de Gruyter, 1939, págs. 514 y 515.

muchas formas de comportamiento que, siendo admitidas como válidas por el conglomerado social, suponen ataques o incluso lesiones a los bienes jurídicos sin que por ello se despierte el interés del Derecho Penal. Fue entonces cuando surgió el concepto de "adecuación social", con el que se buscó caracterizar aquellos comportamientos que aun siendo lesivos de bienes jurídicos debían permanecer al margen del Derecho Penal, justamente por tratarse de conductas avaladas por el conglomerado social dentro del cual se desarrollaban.

Pese a que el planteamiento de WELZEL estaba fundamentado sobre estos dos pilares, las críticas de la doctrina se dirigieron de manera primordial en contra de la figura de la adecuación social, frente a la cual WELZEL no tuvo una concepción clara respecto de su ubicación sistemática, lo que no solamente le llevó a proponer de manera alternativa que se considerara dicha figura como causal de atipicidad y de antijuridicidad, sino que, además, le impidió demostrar con suficiente contundencia que los casos para los cuales resultaba útil la figura de la adecuación social no podían ser correctamente solucionados con los elementos tradicionales de la teoría del delito, como lo propugnaban los enemigos de la figura. Por el contrario, el concepto de intencionalidad de la conducta surtió una enorme fascinación entre los estudiosos del Derecho Penal, llevándolos a centrar sus esfuerzos en el rediseño de la teoría del delito a partir de esa noción de intencionalidad, que poco después fue reemplazada por la de finalidad y que, con el paso de los años, permitió el surgimiento de una concepción del delito que hoy se conoce con la denominación de finalismo.

Si bien el hecho de desplazar el eje de la teoría del delito desde la relación de causalidad (sin llegar a sostener que ésta carece por completo de importancia) hacia la intencionalidad de la conducta supuso trazar una importante línea divisoria entre las corrientes causalista y finalista, lo evidente es que en cuanto las dos escuelas edifican su concepción del hecho punible a partir de conceptos tomados de las ciencias naturales —la causalidad y la intencionalidad—, ambas pueden ser consideradas como concepciones ontológicas de la teoría del delito. Como consecuencia de ello, la distinción

que en una y otra teorías se efectúa entre los aspectos objetivo y subjetivo del delito responde por igual a parámetros ontológicos, pues tanto para los causalistas como para los finalistas todo aquello que ocurra fuera de la mente del ser humano debe ser tenido como parte del aspecto objetivo del delito, mientras lo que acaezca al interior de la psiquis deberá ser objeto de análisis dentro del aspecto subjetivo del delito. Por ello, la creación del concepto de injusto por parte de los finalistas, la distinción entre los tipos objetivo y subjetivo y el nuevo contenido que se le infundió a la noción de culpabilidad, si bien marcan una notable diferencia sistemática con el causalismo, no hacen desaparecer la estrecha relación con el mismo en cuanto esos nuevos elementos y contenidos de la teoría del delito siguen siendo organizados conforme a los mismos parámetros ontológicos que dentro del causalismo sirvieron inicialmente para calificar a la tipicidad y la antijuridicidad como los elementos objetivos del delito, y a la culpabilidad como el aspecto subjetivo del mismo.

El reconocimiento de que toda conducta humana es final acarreó entre otras importantes consecuencias el desplazamiento del dolo desde el ámbito de la culpabilidad (lugar que le correspondía dentro de la concepción causalista del delito) al de la tipicidad, ubicándolo de manera concreta en lo que desde entonces se denominó el tipo subjetivo.[3] Pese al buen funcionamiento del sistema en relación con los delitos dolosos, claramente caracterizados por la existencia de una intencionalidad dirigida a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, pronto enfrentaron los finalistas problemas en el ámbito del delito imprudente,[4] pues siendo su principal característica la producción de

3 No sobra advertir que este desplazamiento del dolo fue parcial, en cuanto la conciencia de la antijuridicidad permaneció anclada dentro de la noción de culpabilidad, mientras lo que se ha dado en denominar "el dolo bueno" fue radicado dentro del tipo subjetivo del injusto.

4 Aun cuando dentro de una concepción causalista de la teoría del delito resulta más frecuente la denominación de "delito culposo", los autores finalistas suelen inclinarse por la expresión "delito imprudente", la cual se ha venido abriendo paso dentro de la literatura penal europea, a diferencia de lo que suele ocurrir en el ámbito latinoamericano.

un resultado no querido, el ingrediente de la intencionalidad de la conducta no prestaba ninguna utilidad para explicar la razón de ser de la punibilidad de los delitos imprudentes, lo cual suponía un serio inconveniente sistemático, sobre todo en tratándose de una teoría surgida en un país donde casi la mitad de los delitos que llegan a conocimiento de las autoridades son imprudentes.

Con la pretensión de solucionar este grave inconveniente sistemático, se propuso inicialmente reconocer que en el delito imprudente también existe una finalidad, sólo que siendo ella jurídicamente irrelevante conducía a la producción de un resultado penalmente relevante; contra esta solución se dijo, con razón, que suponía el expreso reconocimiento de las fallas del finalismo[5] frente a esta modalidad delictiva, en cuanto se admitía de manera expresa que la finalidad propia del delito imprudente resultaba irrelevante desde el punto de vista del Derecho Penal, a diferencia de lo que ocurría frente al delito doloso, en donde era justamente esa finalidad la que marcaba la diferencia entre aquellas conductas que resultaban de interés al Derecho Penal, y aquellas que escapaban a su ámbito de acción.

WELZEL, por su parte, intentó dos soluciones diversas al problema, la primera de las cuales consistió en hacer referencia a una "finalidad potencial" del autor, afirmando que si bien quien comete un delito imprudente carece de la voluntad de causar un resultado nocivo, su conducta es penalmente reprochable en cuanto podía y debía haberse comportado en forma diversa a como lo hizo, para poder evitar la sobrevención del resultado;[6] pese a que esa "finalidad potencial" debería estar referida a la posibilidad concreta de actuación del autor, era forzoso reconocer que esta propuesta suponía para el finalismo la aceptación de que en los delitos imprudentes el

5 Sobre esta propuesta de NIESE y su apreciación crítica, puede consultarse, Eberhard STRUENSEE, "Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts", en: *Juristenzeitung* (*JZ*), Tübingen; J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1987, pág. 55.

6 Hans WELZEL, "Studien zum System des Strafrechts", en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechstwissenschaft* (ZStW), tomo 58, Berlin, Walter de Gruyter, 1939, pág. 559.

resultado es producto de esa "causalidad ciega"[7] que con tanto empeño combatieron. La incompatibilidad de esa "finalidad potencial" con la intencionalidad propia de su sistema, hizo que pronto Welzel abandonara ese intento de solución reemplazándolo por uno diverso que descansa sobre el concepto de "infracción al deber objetivo de cuidado";[8] de acuerdo con esta tesis, lo que en el delito imprudente se reprocha es la no observancia del deber de cuidado exigible en el desarrollo de la acción generadora del resultado lesivo. Pese a que la "objetividad" de este concepto pudiera parecer incompatible con una teoría final del injusto de marcada tendencia subjetiva, la aparente inconsistencia podía ser obviada recurriendo a la afirmación complementaria del propio Welzel en el sentido de que la acción descuidadamente omitida debió ser intencional,[9] de manera que mientras en los delitos dolosos es necesario el examen de la conducción final de la acción, en los imprudentes la atención debe centrarse en la indebida ausencia de la conducción final de una acción encaminada a evitar el resultado, lo cual supondría que, en todo caso, lo determinante dentro de esta concepción del delito seguiría siendo la forma como la acción final es conducida por el autor.[10]

Pese a los esfuerzos realizados por los partidarios de esta corriente doctrinal, lo evidente es que con esta última precisión no se logra ocultar que

7 Sobre este aspecto no puede caber duda alguna, pues fue el propio Welzel quien admitió que en los delitos imprudentes se estaba en frente de una "causalidad ciega"; cfr. Hans Welzel, *ZStW* 58 (1939), ed. Cit., pág. 559.

8 La mención a la figura del deber objetivo de cuidado puede verse ya desde la primera edición del manual de Welzel, publicado en el año de 1947 (pág. 83). Entre los más recientes defensores de la concepción finalista de la teoría del delito se sigue manteniendo la violación al deber objetivo de cuidado como forma de explicar la punibilidad del delito imprudente; en este sentido puede confrontarse, por ejemplo, Georg Küpper, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, pág. 115.

9 Cfr. Hans Welzel, "Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen", en: *JZ*, Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1956, pág. 423.

10 Cfr. Hans Welzel, *Lehrbuch*, 9a. edic., 1965, pág. 130.

el finalismo se vio forzado a abandonar la intencionalidad de la conducta como fundamento de la punibilidad del delito imprudente, lo cual puso en evidencia un gran problema sistemático al verse abocados a bifurcar la teoría del hecho punible, edificando el reproche al delito doloso sobre la intencionalidad de la conducta y la sanción al delito imprudente a partir de la lesión al deber objetivo de cuidado. No obstante lo trascendental de esta dicotomía dentro de lo que pretendía ser una concepción unitaria del delito, la aparente solidez teórica de la infracción al deber de cuidado como razón de ser de la intervención del Derecho Penal frente al delito imprudente, llevó a que la doctrina ampliamente mayoritaria la acogiese sin vacilación, al punto que incluso los defensores de esquemas causalistas la adoptaron como sustituto de sus tradicionales tesis de la previsibilidad.

No obstante lo anterior, la práctica judicial se encargaría pronto de demostrar que la lesión al deber objetivo de cuidado no era suficiente como correctivo de la relación causal para delimitar aquellos eventos en los que el Derecho Penal debe intervenir, de aquellos otros que deben permanecer por completo ajenos a su ámbito de aplicación.

Muy conocido en la literatura especializada es un proceso que fue sometido a estudio del Tribunal Supremo alemán en la década del cincuenta, en el que se juzgaba al conductor de un camión que, en carretera, sobrepasó un ciclista a una distancia inferior a la permitida por el Código de Circulación; durante la imprudente maniobra de sobrepaso, el ciclista perdió el equilibrio y pereció arrollado por las ruedas traseras del vehículo. Practicada la necropsia se estableció por parte de los médicos legistas que, en el momento de su muerte, el ciclista conducía su vehículo en avanzado estado de alicoramiento.[11] Al pretender abordar el examen de este caso a partir de la infracción al deber objetivo de cuidado, se llegaba a la conclusión de que no sólo el conductor del camión había infringido con su comportamiento el deber objetivo de cuidado al adelantar al ciclista a una distancia inferior a la permitida por el Código de Tránsito, sino que también este último había

11 Sobre la descripción de este caso, cfr. BGHSt 11,1.

lesionado el deber objetivo de cuidado al guiar su bicicleta en estado de ebriedad, contraviniendo igualmente claros preceptos del Código de Circulación. Esta particular situación ponía en evidencia que en casos como éste la lesión al deber objetivo de cuidado no servía como correctivo a la simple relación de causalidad para determinar quién podía ser tenido como "autor" de la muerte del ciclista, pues no sólo los dos involucrados en el insuceso podían ser considerados como *causa* del fallecimiento de la víctima, sino que también ambos habían infringido con su conducta el deber objetivo de cuidado, haciendo imposible que con el simple recurso a esta última figura pudiera brindarse una adecuada solución al caso.

Si bien en su momento la mayoría de la doctrina compartió la solución de la Suprema Corte alemana en cuanto absolvió al conductor del camión como autor del homicidio imprudente cuya comisión se le atribuía, las discrepancias surgieron en torno de la fundamentación que sirvió de soporte a este fallo, pues se consideró que la alusión que la Corte hizo a la inevitabilidad del resultado aun en el evento de que el conductor se hubiese comportado conforme a Derecho, no conseguía explicar correctamente su ausencia de responsabilidad.

Con la pretensión de sortear escollos de esta naturaleza, propuso Roxin en 1962 que el resultado debería serle imputable a una persona cuando ella, con su conducta, hubiera creado un riesgo que fuera superior al permitido para la ejecución de la conducta respectiva.[12] Como este planteamiento supone la imputación de un resultado cada vez que alguien despliegue una conducta con la cual eleve el riesgo por encima del límite permitido, esta tesis fue conocida con el nombre de *"teoría de la elevación del riesgo"* o *"teoría del incremento del riesgo"*.

12 Cfr. Claus Roxin, "Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten", en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechstwissenchaft* (ZStW), Berlin, Walter de Gruyter, 1962, págs. 431 y 432. En el mismo sentido, Claus Roxin, *Strafrecht - Allgemeiner Teil (Lehrbuch)*, tomo I, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchandlung, 1992, § 11/59, págs. 238 y 239.

Es cierto que esta formulación original de la aludida teoría sufrió algunas importantes modificaciones,[13] debidas en buena parte a las críticas que se le hicieron por su desconocimiento al *in dubio pro reo*[14] y su potencialidad para sancionar por la simple contravención al deber de cuidado,[15] y también lo es que pese a su enorme difusión en la literatura europea y latinoamericana, aún hoy son muchas las observaciones críticas que sigue mereciendo.[16] Para los fines de este trabajo, sin embargo, baste con señalar que la creación de la teoría de la *elevación del riesgo* permitió a las concepciones de corte finalista contar con un mecanismo adicional para la solución de los problemas que planteaba el delito imprudente, y para cuya solución no resultaban suficientes ni la mera referencia a la relación causal, ni la remisión a la figura de la infracción al deber objetivo de cuidado.

Sin negar la utilidad que en la práctica parecía prestar el principio de la elevación del riesgo, la práctica judicial afrontaba dificultades con otra clase de supuestos de hecho, de los cuales resulta especialmente ilustrativo el siguiente: dentro del perímetro urbano de una pequeña población alemana, una señora conducía su vehículo a una velocidad superior a la permitida por el Código de Circulación, razón por la cual no pudo evitar atropellar a un hombre que intentaba cruzar la calle; debido al impacto, el peatón sufrió algunas heridas de consideración que hicieron necesaria una intervención quirúrgica y su permanencia en un centro hospitalario durante un período

13 Cfr. Claus ROXIN, "Literaturbericht - Allgemeiner Teil", en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenchaft* (ZStW), tomo 78, Berlin, Walter de Gruyter, 1966, pág. 221.

14 Aun cuando se trata de una crítica hoy en día muy generalizada, quien inicialmente la planteó en directa referencia al escrito de ROXIN, fue Klaus ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den fahrlässigkeitsdelikten*, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1965, págs. 138 y 139.

15 También fue ULSENHEIMER el primero en poner en evidencia este inconveniente de la teoría de la elevación del riesgo; cfr. Klaus Ulsenheimer, ed. cit., págs. 63 y 134.

16 Para una detallada exposición sobre el contenido y los inconvenientes de esta teoría, cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva*, editorial Temis, 1994, págs. 244 y sigs.

relativamente prolongado. El paciente, que inicialmente debió ser alimentado por medio de sonda, recibió después de algunos días la autorización médica para consumir alimentos por vía oral, por lo que una empleada de la clínica le suministró una sopa, durante cuya ingestión el paciente se atoró con un trozo de comida que finalmente se alojó en uno de sus pulmones, sin que el procedimiento de lavado pulmonar al que fue sometido de manera inmediata consiguiera evitar su fallecimiento a consecuencia de una neumonía.[17]

Para la solución de este problema no resulta de utilidad la invocación de la *relación causal*, ni la referencia a una lesión al deber objetivo de cuidado, puesto que resulta innegable que la procesada no sólo fue causa del resultado muerte, sino que, además, su conducta fue claramente violatoria de las normas de tránsito que regulan la velocidad dentro del perímetro urbano y, por consiguiente, implicó una *lesión al deber objetivo de cuidado*. Pero incluso la remisión al principio de la *elevación del riesgo* resulta poco útil para la correcta solución del caso, pues siendo claro que con su conducción por encima de los límites de velocidad legalmente autorizados no puede negarse que la señora incrementó el riesgo, ante lo cual debería concluirse que era responsable de un homicidio imprudente, resultado que parecía inaceptable en las condiciones dentro de las cuales se produjo el fallecimiento de la víctima.

Con la pretensión de solucionar casos como éste, los penalistas recurrieron a una antigua teoría desarrollada por el Derecho Civil alemán,[18] con-

17 Este caso fue juzgado por el tribunal superior de Stuttgart en julio de 1981, y sus incidencias pueden ser consultadas en la revista *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) de 1982, pág. 295.

18 Doctrinalmente, quizás el primer trabajo sobre este principio se debe al civilista Ernst von Caemmerer, "Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung", en: *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), volumen I, München und Berlin, C. H. Beck'sche Verlagsbuhhandlung, 1956, págs. 569 y sigs. A nivel jurisprudencial, ya una año antes la Sala Civil de la Suprema Corte alemana había abordado el tema, tal como puede observarse en BGHZ 19, pág. 114.

forme a la cual sólo se debía responder por las consecuencias nocivas de una conducta, cuando la norma que con ella se infringiera tuviera como finalidad la prevención del resultado dañoso efectivamente acaecido. De esta manera, y nuevamente a instancias de ROXIN[19] (secundado entonces por GIMBERNAT ORDEIG),[20] surge dentro del Derecho Penal un nuevo mecanismo de solución a los problemas del delito imprudente, que desde entonces es conocido con el nombre de *"teoría del fin de protección de la norma"* y que, en el ejemplo propuesto, permitía liberar a la acusada de la responsabilidad penal por la muerte del atropellado, sobre el supuesto de que las normas que regulan el límite de velocidad dentro del perímetro urbano no tienen como finalidad el evitar que las personas fallezcan atoradas con residuos de comida.

Sin pretender desconocer que la *teoría del fin de protección de la norma* ha dividido las opiniones de la doctrina en cuanto a los supuestos de hecho respecto de los cuales debe ser aplicada,[21] lo que a efectos de este trabajo resulta relevante es la necesidad que dentro de un esquema finalista se tuvo de recurrir a la creación de un nuevo principio que les permitiera solucionar algunos de los inconvenientes prácticos que seguía planteando el análisis del delito imprudente; por eso no debe sorprender que el propio ROXIN haya señalado que el *fin de protección de la norma* debe ser utilizado como un complemento necesario de la *teoría de la elevación del riesgo*.[22]

Los inconvenientes para solucionar supuestos de hecho relacionados con delitos imprudentes no terminaron, sin embargo, con la formulación de este nuevo principio, como lo demuestra un grupo de casos entre los que

19 Cfr. Claus ROXIN, "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", en: *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz & Co., 1970, págs. 13 y sigs.

20 Cfr. Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, págs. 141, 142, 146 y 147.

21 Respecto de estos inconvenientes del fin de protección de la norma, cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Imputación...*, ed. cit., págs. 204 y sigs.

22 Cfr. Claus ROXIN, *Honig Festschrift*, ed. cit., págs. 133 y sigs.

doctrinalmente ha llamado especialmente la atención el siguiente evento: un sujeto que asistía como espectador a una obra de teatro, entregó su abrigo a uno de los empleados de la recepción sin antes advertirle que dentro de él se hallaba un revólver cargado y desasegurado; durante el transcurso de la función, uno de los acomodadores del teatro encontró el arma dentro del abrigo y, pensando que estaba descargada, la accionó dando muerte a un tercero.[23]

Frente a la pregunta de si el dueño del abrigo podía ser responsabilizado como autor de un homicidio imprudente, la referencia a la *relación de causalidad* no arrojaba mayores luces, ante el evidente vínculo causal entre la conducta del propietario del abrigo y la muerte de la víctima; tampoco mediante el análisis del deber objetivo de cuidado se conseguía avanzar demasiado, pues no podía desconocerse que la forma descuidada como el arma de fuego fue dejada en el abrigo al ser entregado éste en la recepción del teatro, ponía de manifiesto una *infracción al deber objetivo de cuidado*; también resultaba insatisfactorio el recurso a la *teoría de la elevación del riesgo,* en cuando los hechos materia de análisis dejaban ver que con su conducta descuidada el propietario del abrigo había elevado el riesgo por encima de lo permitido; finalmente, de recurrirse a la teoría del *fin de protección de la norma* los resultados seguían siendo poco satisfactorios, pues resultaba imposible desconocer que las disposiciones legales que regulan la manipulación de armas de fuego tienen como una de sus más claras finalidades la de impedir que con su inadecuado manejo se causen lesiones o muertes a terceras personas.

Con la convicción de que en casos como este el autor de la conducta debería ser liberado de responsabilidad penal por el daño finalmente acaecido, alguna parte de la doctrina recurrió a la reformulación de un antiguo principio denominado *"prohibición de regreso"*, que había sido expuesto a comienzos del siglo XX en Alemania por Reinhart Frank como un mecanismo para impedir que la responsabilidad penal se extendiera de manera ilimi-

23 Para detalles sobre este caso juzgado por el Tribunal Supremo del Imperio Alemán, cfr. RGHSt 34, pág. 91.

tada;[24] conforme a este planteamiento original de la *prohibición de regreso*, un garante no debe responder por todas las posibles afectaciones que pueda sufrir el bien jurídico cuya custodia le ha sido encomendada[25]. En términos generales puede entonces afirmarse que con la *prohibición de regreso* se pretendió exonerar de responsabilidad penal a quien con su conducta posibilita la ejecución del hecho delictivo, equiparando así el comportamiento de esa persona con el de quien despliega un conducta socialmente adecuada.[26]

Este de la *prohibición de regreso* es, ciertamente, uno de los principios que dentro de la dogmática penal ha generado mayores polémicas, al punto que desde sus remotos orígenes hasta el momento actual han sido muchas las fundamentaciones y desarrollos que de él se han propuesto, bien sea planteándolo como un mecanismo de interrupción del nexo causal, o exponiéndolo a partir de la noción de previsibilidad, o mencionándolo como un ejemplo de participación impune, o bien señalándolo como una limitación al principio de la dominabilidad del hecho.[27] Con absoluta independencia de la polémica doctrinal que existe en torno de su contenido y fundamentación, lo que para los límites de este trabajo interesa es que su reformulación en la segunda mitad del siglo XX obedeció a un intento más de los partidarios de una concepción final del injusto, por solucionar los inconvenientes que a ellos planteaban algunos supuestos de hecho relacionados con delitos imprudentes.

El transcurso del tiempo demostró que ni siquiera con la adopción de este principio se conseguían solucionar de manera adecuada todos los incon-

24 Sobre los orígenes de la prohibición de regreso, cfr. Herbert TRÖNDLE, *StGB*, Vor § 13, nm. 18b.

25 Cfr. Heinz Bindokat, "Fahrlässige Beihilfe", en: *Juristen Zeitung* (JZ), Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1986, pág. 424.

26 Cfr. Günther JAKOBS, *Strafrecht - Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2a. edic., Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1991, nm. 7/4b.

27 Sobre la evolución histórica del principio de la prohibición de regreso, cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Imputación...*, ed. cit., págs. 318 y sigs.

venientes que la práctica judicial planteaba en materia de delitos imprudentes, tal como puede observarse en otro grupo de casos del que es buen ejemplo la siguiente situación extraída de la jurisprudencia austríaca: Durante una acalorada discusión en una taberna, la víctima insultó reiteradamente al acusado, quien finalmente decidió agredirla lanzándole un vaso de vino contra la cara. Como consecuencia de este golpe, la víctima sufrió una cortada en el arco superciliar derecho y además una perforación en el globo ocular con sangrado interno en la antecámara del ojo. A las pocas horas de ocurrido el incidente, en un centro de atención médica le fue suturada la herida del arco superciliar y se le recomendó la práctica inmediata de una intervención quirúrgica para subsanar la herida interna del ojo, recomendación que fue rechazada por el herido. Dos semanas más tarde, cuando la víctima acudió a un centro clínico para que le fueran retirados los puntos de la sutura, fue aconsejado por los médicos en el sentido de que debería buscar un oculista para que le examinara la herida interna del ojo, consejo que también fue desatendido por el herido, quien prefirió seguirse tratando la herida con remedios caseros. Cuatro meses después, cuando la víctima decidió finalmente acudir a un centro hospitalario para que le fuera tratada la herida interna del ojo, este tuvo que serle quirúrgicamente retirado, debido a lo avanzado del proceso infeccioso.[28]

Si de cara a este suceso se indagara por la posible existencia de una *relación causal* entre la conducta de quien lanzó el vaso de vino contra el rostro de la víctima y la pérdida del ojo que esta última sufrió, la respuesta debería ser de naturaleza afirmativa. De profundizarse un poco más en el análisis de los elementos hasta ahora utilizados para el estudio del delito imprudente, tendría que aceptarse que cuando el autor de la conducta lanzó un objeto contundente contra la víctima, no sólo *infringió el deber objetivo de cuidado* sino que, además, *incrementó el riesgo* de lesión al bien jurídico

28 Detalles sobre este caso y su juzgamiento pueden encontrarse en, Manfred Burgstaller, "Erfolgszurechnung bei nachträglichen Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst", en: *Festschrift für Hans Heinrich Jescheck*, volumen I, Berlin, Duncker und Humblot, 1985, pág. 371.

de la integridad personal con un comportamiento que, sin lugar a dudas, puede ser considerado como propio del *ámbito de protección de las normas* con las que a nivel social se pretende regular la conducta de los ciudadanos frente a los demás coasociados. Por lo que respecta a un eventual desconocimiento del principio de la *prohibición de regreso*, cabe decir que si se lo entiende de manera general como la imposibilidad de imputar un resultado a quien de manera culposa da lugar a la producción dolosa del mismo, se trata de una figura con la que en el presente caso no podría disculparse la responsabilidad penal del autor.[29] Así las cosas, con el recurso a estos instrumentos de que disponía el finalismo para analizar los delitos imprudentes, debería concluirse que el autor de la conducta aquí analizada debería ser penalmente responsabilizado por el resultado "pérdida del ojo" sufrido por la víctima, solución que no resulta del todo satisfactoria.

Con la pretensión de brindar adecuada solución a casos de naturaleza similar al acabado de exponer, la doctrina recurrió a la creación de un nuevo principio que suele ser conocido con la denominación de *"ámbito de protección de la víctima"*, conforme al cual no deben serle atribuidos al autor de la conducta aquellos resultados que correspondan a la esfera de protección de la víctima. Tampoco frente a este criterio deseo terciar en la polémica doctrinal sobre si todas las conductas equivocadas de la víctima excluyen la responsabilidad penal del autor, o si sólo sirven para este efecto aquellas que puedan ser consideradas como errores graves de la víctima,[30] limitándome para efectos de este trabajo a una descripción genérica del principio en términos similares a como lo hace FRISCH al puntualizar que el resultado no

29 No obstante lo anterior, debe reconocerse que es perfectamente válido un concepto más amplio de prohibición de regreso que comprenda no solamente la posibilitación culposa de delitos dolosos, sino en general la posibilitación de daño a intereses jurídicos, bien sea que ellos provengan de conductas posteriores erradas de la víctima o de conductas posteriores erradas de un tercero, sean estas últimas dolosas o culposas; sobre el particular, cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Imputación...*, ed. cit., págs. 330 y sigs.

30 Sobre el contenido de esta polémica, cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Imputación...*, ed. cit., págs. 338 y sigs.

debe serle imputado al primer autor cuando él pueda ser tenido como consecuencia del comportamiento equivocado de la víctima.[31] Lo que dentro de este contexto interesa poner de relieve es que frente a la complejidad de los casos prácticos relacionados con la comisión de delitos imprudentes, la doctrina siguió viéndose impelida a la creación de nuevos criterios destinados a la correcta solución de esos complejos supuestos de hecho.

La desprevenida lectura de los múltiples escritos que durante los últimos cuarenta años se han venido confeccionando en torno del delito imprudente, permite observar que aparte de los criterios ya relacionados se ha hecho alusión a otros y que cada autor suele poner mayor o menor énfasis en la importancia de los mismos. Lo destacable es que con el transcurso del tiempo esos principios comenzaron a ser analizados por la doctrina bajo el rubro de *"imputación objetiva"*, que de esa manera puede ser definida como ***una serie de principios surgidos al interior de las tendencias finalistas de la teoría del delito para intentar solucionar los problemas que dentro de ellas presentaba el ilícito imprudente.***

De observarse, por ejemplo, los textos de Santiago MIR, Hans Heinrich JESCHECK o Claus ROXIN, se podrá apreciar cómo en los capítulos correspondientes al tema de la imputación objetiva se alude a criterios como el del "comportamiento alternativo conforme a Derecho" y "el incremento del riesgo";[32] o se hace referencia a la "disminución del riesgo", el "fin de protección de la norma" y el "comportamiento alternativo conforme a Derecho";[33] o se desarrollan los principios de la "disminución del riesgo", el "fin de protección de la norma", la "conducta alternativa conforme a derecho", el

31 Cfr. Wolfgang FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988, págs. 451 y sigs.

32 Así, por ejemplo, Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal, parte general*, ediciones P. P. U., Barcelona 1996, 4a. edic., págs. 282 y sigs.

33 Cfr. Hans Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 4a. edic., 1988, págs. 257 y sigs.

"incremento del riesgo" y la "atribución a la esfera de responsabilidad ajena".[34]

No pretendo con esto desconocer que con el transcurso del tiempo la doctrina se ha esforzado por sistematizar el estudio de estos principios a través de la distinción entre dos elementos que habrían de componer la noción de imputación objetiva, los cuales serían la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de dicho riesgo en el resultado. Lo que quiero poner de relieve es que aún dentro de esta sistematización la doctrina sigue desarrollando el tema en derredor de principios como los que aquí se han expuesto, tal como puede apreciarse en la obra de ROXIN, considerado por muchos como uno de los principales impulsores de la imputación objetiva; en efecto, si bien él distingue entre la creación de riesgos jurídicamente desaprobados y la realización de los mismos en el resultado como elementos de la imputación objetiva, dentro del primer requisito se ocupa de la disminución del riesgo y del empleo de los cursos causales hipotéticos, mientras como parte del segundo elemento desarrolla lo relacionado con los principios del fin de protección de la norma, la conducta alternativa conforme a derecho y el incremento del riesgo.[35]

En contra de la imputación objetiva se han formulado muchas críticas, entre las cuales una de las más frecuentes consiste en el señalamiento de que se trata de una teoría que solo resulta aplicable a los delitos imprudentes, resultando, por consiguiente, carente de utilidad frente al análisis del delito doloso; respecto de esta afirmación bien puede decirse que parece más la referencia a una característica de la imputación objetiva que una censura a la misma, pues ya se ha visto cómo su origen dentro de las tendencias finalistas estuvo estrechamente relacionado con la búsqueda de soluciones a los problemas prácticos que el delito imprudente planteaba; expresado de manera diversa: si esta forma de entender la imputación objetiva nació para

34 Cfr. Claus ROXIN, *Derecho Penal, parte general*, ed. Civitas, S.A., Madrid, 1997, Tomo I, págs. 362 y sigs.

35 Cfr. Claus ROXIN, *Derecho Penal*..., ed. cit., págs. 365 y sigs.

solucionar los inconvenientes del delito imprudente, resulta obvio que sólo a ellos se aplique.

Una segunda observación crítica que con frecuencia se hace a la imputación objetiva consiste en sostener que ella solo es útil en relación con los denominados delitos de resultado, con lo que de nuevo parece aludirse más a una de sus características que a un verdadero error de concepción; en efecto, si se recuerda que esta forma de entender la imputación objetiva nació con la idea de brindar soluciones adecuadas a los problemas prácticos del delito imprudente y si además se tiene en cuenta que todos los delitos imprudentes lo son de resultado, no queda alternativa diversa de admitir que, habiendo sido concebida para el delito imprudente, su ámbito de aplicación no puede extenderse más allá de los denominados delitos de resultado.

Se ha señalado igualmente en contra de la imputación objetiva que se trata de una tesis que sólo puede ser utilizada en relación con los delitos consumados, con lo que se pondría en evidencia que ella carece de importancia frente a las tentativas. También aquí puede decirse que con esta aseveración lo que en el fondo vuelve a ponerse de relieve es una característica de la imputación objetiva, pues sobre el supuesto de que ella fue concebida como mecanismo de solución de los problemas del delito imprudente y teniendo presente que esta clase de delitos no admite la tentativa,[36] forzoso es concluir que esta forma de entender la imputación objetiva sólo pretende tener aplicación en el ámbito de los delitos consumados.

Finalmente quiero destacar una última y aguda observación hecha por Gimbernat Ordeig a la imputación objetiva y que ha sido considerada como una de las más fuertes críticas que contra ella se han formulado: "Lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquélla —desde la causalidad hacia la acción— sin

36 Aun cuando desde el punto de vista puramente teórico resultaría válido sostener la posibilidad de que el delito imprudente admita la tentativa, se trata de una discusión que aquí se omitirá, en cuanto desbordaría, con mucho, los límites del presente trabajo.

encontrar un lugar sistemático correcto".[37] Pese a que esta afirmación sea frecuentemente considerada por algunos como una censura a la imputación objetiva, creo que con ella no se hace nada diverso de describir de manera sucinta y puntual, la génesis que aquella tesis tuvo dentro del finalismo y que de manera más detallada se ha presentado en la primera parte de este escrito, para de esa forma poner en evidencia que primero se recurrió a la creación o reformulación de criterios para intentar dar solución a algunos inconvenientes prácticos del delito imprudente, y sólo con posterioridad se los reunió en torno al concepto de imputación objetiva para estudiarlos de manera conjunta y sistemática.

Para dar por finalizado este acápite considero importante advertir que esta concepción de la imputación objetiva es la que actualmente se encuentra más generalizada dentro de la dogmática penal, y que, dado su origen, se la desarrolla únicamente cuando se aborda el estudio de los delitos imprudentes, con lo que se hace evidente que la teoría del delito permanece bifurcada: una es la estructura sistemática de los delitos dolosos y otra muy diversa la prevista para los imprudentes.

2. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DENTRO DE UNA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA TEORÍA DEL DELITO

Si algo tienen en común las concepciones causalista y finalista de la teoría del delito es la construcción de sus esquemas a partir de nociones que, como la causalidad y la intencionalidad, son tomadas de las ciencias naturales; por eso tampoco puede sorprender que la distinción que ellas elaboran entre los aspectos objetivo y subjetivo del delito esté cimentada desde un punto de vista puramente natural, en cuanto entienden por igual que todo aquello que ocurra al interior de la mente del ser humano forma parte del aspecto subjetivo del delito, mientras todo lo que acaezca fuera de ella pertenece al estan-

37 Enrique GIMBERNAT ORDEIG, "¿Qué es la imputación objetiva?", en: *Estudios de Derecho Penal*, editorial Tecnos, Bogotá, 3a. edic., 1990, pág. 212.

co objetivo del mismo; debido a esto, bien puede decirse que tanto el causalismo como el finalismo son dos concepciones ontológicas de la teoría del delito.

Una concepción normativa de la teoría del delito comienza por admitir que el hecho punible no es un fenómeno natural, sino producto de la vida del ser humano en sociedad; por eso en la actualidad es opinión ampliamente generalizada aquélla conforme a la cual el Derecho, y específicamente el Derecho Penal, no es nada diverso de un mecanismo de control social. Una primera e importante consecuencia de esta aseveración, es la de que si el Derecho Penal es un instrumento concebido como regulador de la conducta del hombre en sociedad, y por consiguiente pertenece al mundo del deber ser, su estructura no puede ser diseñada y construida a partir de conceptos tomados de las ciencias naturales, como equivocadamente se hizo tanto dentro del causalismo como al interior del finalismo. Esto no significa que, al elaborar una teoría del delito, se esté desconociendo que las conductas humanas sometidas a su estudio pertenecen al mundo de lo natural; lo que se intenta poner de relieve es que el eventual reproche que esas conductas merezcan no resulta de su apreciación como meras manifestaciones ontológicas del intelecto humano, sino de la comparación del comportamiento efectivamente realizado con aquel que socialmente se esperaba del autor.

El funcionamiento de cualquier asociación (incluida, desde luego, la sociedad como tal) presupone la existencia de normas que regulen el comportamiento de cada uno de los individuos que la componen, lo que en términos más precisos significa que a cada persona le es exigible el desarrollo de determinadas actividades, cuya inobservancia implica para él consecuencias negativas. Si se quisiera expresar esta idea recurriendo al empleo de términos provenientes de la sociología, se diría que el derecho es un generador de expectativas a nivel social, cuya inobservancia puede ser catalogada como una defraudación.[38]

38 Estos conceptos, cuya complejidad es más aparente que real, fueron recientemente llevados al ámbito del Derecho Penal por Günther Jakobs; cfr. Günther Jakobs, *Lehrbuch*, ed. cit., nm. 7/37.

Una correcta organización social supone, además, que no todas las personas posean las mismas obligaciones, y que esas obligaciones varíen incluso respecto de la misma persona, dependiendo de la actividad concreta que en un momento dado desarrolle. Así, por ejemplo, los deberes de comportamiento que a nivel social tiene quien labora como salvavidas en una playa son diversos de los que posee un turista, así como las obligaciones radicadas en cabeza de un cirujano difieren de las asignadas a una madre; con la misma lógica, debe admitirse que cuando una misma persona guía un vehículo automotor debe cumplir con los deberes propios de un conductor, pero que cuando lo abandona para recorrer las calles a pie, debe atender las obligaciones inherentes a su condición de peatón. Esta diferencia en cuanto a los deberes que se imponen a cada ciudadano dependiendo de la actividad social que en determinado momento desarrolle, es lo que explica que mientras al salvavidas que nada hace por salvar a un bañista que se ahoga le pueda ser deducida responsabilidad penal como autor de un homicidio, ese reproche no le pueda ser hecho al turista que frente a la misma situación se abstiene de emprender una maniobra de rescate.

Recurriendo una vez más al lenguaje sociológico, las anteriores ideas podrían ser expresadas diciendo que cada individuo desarrolla diversos roles a nivel social, y que la correcta ejecución de las actividades propias de cada uno de esos roles supone el cumplimiento de determinadas expectativas de comportamiento, cuya inobservancia genera una defraudación social entendida como imperfecta ejecución de un rol; esas obligaciones que bajo determinadas circunstancias debe cumplir el individuo constituyen su ámbito de competencia, y cada persona asume frente al cumplimiento de esos deberes una posición de garantía frente a la sociedad. La base de una responsabilidad penal radica entonces en los ámbitos de competencia de cada individuo, pues sólo a quien respecto de determinadas actuaciones posee una posición de garante puede serle reprochado su comportamiento desviado.

En la concepción normativa de la teoría del delito se rescata el segundo gran pilar de la propuesta de WELZEL, para admitir que los bienes jurídicos no deben ser entendidos de manera estática sino dinámica. Con ello se

quiere poner de presente que no toda lesión ni puesta en peligro de los bienes jurídicos le interesa al Derecho Penal y, por consiguiente, ni la vulneración causal de un interés jurídico (como parecía desprenderse de una concepción causalista), ni su intencional agresión (conforme a los planteamientos de corte finalista) son elementos que permitan distinguir entre aquellas conductas que le incumben al Derecho Penal de las que deben permanecer al margen de su atención. ***Lo que en verdad interesa al Derecho Penal es la forma de ataque al bien jurídico***, pues mientras algunas de ellas carecen de relevancia para el Estado, otras dan lugar a su intervención a través del proceso penal. Ejemplificando la situación, puede decirse que mientras la muerte causada por un boxeador a su contrincante en desarrollo de un combate reglamentario no le interesa al Derecho Penal, la muerte de un ser humano a consecuencia de una agresión producto de un asalto callejero es penalmente relevante.

Nótese cómo el interés del Derecho Penal no se ha despertado por la existencia de una mera lesión causal e intencional del bien jurídico —pues ella está presente tanto en la conducta del boxeador como en la del asaltante—, sino justamente por la forma como ese bien jurídico ha sido atacado; en tanto el boxeador lesione (o incluso dé muerte) a su oponente en desarrollo de un combate reglamentario de boxeo, se tratará de una conducta valorada como correcta en cuanto su autor se ha mantenido dentro del riesgo permitido. Por el contrario, cuando el asaltante ataca a su víctima con la pretensión de despojarla de sus bienes, de lesionarla o incluso de ocasionarle la muerte, si bien es la causa de ese daño al bien jurídico y lo ha provocado de manera intencional, la intervención del Derecho Penal no obedece a esos factores sino al hecho de que el comportamiento desplegado por ese sujeto puede ser considerado como creador de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado.

Así como la teoría del delito no debe ser edificada tomando como eje central de la misma conceptos extraídos de las ciencias naturales, así mismo la distinción entre lo que debe formar parte de los aspectos objetivo y subjetivo del delito debe ser elaborada con parámetros diversos de los meramente

ontológicos. De esta manera, en una concepción normativa de la teoría del delito como la aquí propuesta, la diferencia entre las esferas objetiva y subjetiva no depende de que los elementos que las componen se hallen dentro o fuera de la mente del ser humano, como sí ocurría en las concepciones causalista y finalista. Por el contrario, ***mientras lo objetivo será el estudio de la conducta del hombre en cuanto ser social, lo subjetivo hará referencia al análisis del comportamiento del hombre en cuanto individuo***; desde el punto de vista nominal, el primero de dichos aspectos recibirá el nombre de imputación objetiva, al paso que el segundo será denominado imputación subjetiva.

Para ilustrar la diferenciación propuesta, piénsese en el cirujano que es investigado penalmente por la posible comisión de un delito de homicidio imprudente, en cuanto el paciente a quien intervenía quirúrgicamente falleció en el transcurso de la operación. En un primer nivel de análisis, el de la imputación objetiva, debe analizarse la conducta del hombre en cuanto ser social, lo que en este caso concreto significa evaluar la actuación del *cirujano*, para determinar si ella se desarrolló dentro del riesgo permitido o si, por el contrario, con ella se creó un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado. El primer interrogante tendrá que ver, entonces, con la cuestión de si la intervención quirúrgica se desarrolló conforme a la *lex artis* (lo que supondría que el médico se mantuvo dentro del riesgo permitido), o si con ella se desconocieron los parámetros trazados por la ciencia médica (en cuyo caso el cirujano habrá creado con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado); en este primer nivel de valoración resulta importante tomar en consideración la "representación de la realidad",[39] entendida como el conocimiento que de la situación competía al portador de roles, de tal manera que sólo podrá imputarse objetivamente un resultado a quien en un determinado rol social le era exigible la comprensión de los elementos de su conducta y el conocimiento de la prohibición que con ella infringía. En el ejemplo propuesto, si se llegara a la conclusión de que la operación fue

39 Sobre el concepto de "realidad social" dentro del concepto de imputación objetiva, cfr. Yesid REYES, Imputación..., ed. cit., pág. 66.

realizada conforme a la *lex artis,* la conducta del cirujano carecerá de interés para el Derecho Penal por encontrarse dentro del riesgo permitido, con absoluta independencia de que ella haya sido o no causa del fallecimiento de la víctima y sin importar siquiera si el médico actuó o no con intención de causarle la muerte.

Si, por el contrario, la respuesta fuese negativa en cuanto se demostrara que no sólo la conducta del cirujano fue contraria a la técnica médica (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado), sino que además esa incorrecta intervención quirúrgica determinó el fallecimiento del paciente (realización del riesgo en el resultado), ese resultado le sería objetivamente imputable al cirujano y, en consecuencia, debería procederse a la elaboración del juicio de imputación subjetiva, en desarrollo del cual se analizarán las circunstancias individuales que determinaron el comportamiento del autor, lo que supondrá, entre otras cosas fundamentalmente, establecer si su conducta fue intencional o imprudente y si en su favor puede predicarse la existencia de una causa individual de exención de responsabilidad. Una destacada ventaja de esta forma de distinguir entre los aspectos objetivo y subjetivo del delito, es la de que el Estado no está facultado para examinar el fuero interno del individuo (juicio de imputación subjetiva), sino sólo en cuanto su comportamiento constituya un indebido ataque al bien jurídico (juicio de imputación objetiva); pero mientras un ciudadano se mantenga dentro del riesgo permitido, al Estado le está vedado incursionar en el fuero interno del individuo para intentar establecer la intención con que desplegó su conducta, o para averiguar la finalidad que con ella perseguía.

Con esta descripción que de la imputación objetiva dentro de una concepción normativa de la teoría del delito se ha hecho, resulta evidente que su origen, su naturaleza y su desarrollo difieren por completo de la imputación objetiva que tuvo su génesis al interior de concepciones de tendencia finalista. Por curiosa que resulte la afirmación, buena parte de los inconvenientes que se presentan al debatir sobre la imputación objetiva se derivan del desconocimiento de las diferentes perspectivas que sobre ella se manejan, de manera tal que resulta imposible discutir, por ejemplo, sobre el ámbito de

aplicación de dicha teoría, sin estar previamente de acuerdo sobre si lo que está en discusión es la concepción finalista o la normativista de la imputación objetiva.

Respecto de las críticas enumeradas en páginas anteriores, por ejemplo, es claro que si bien ellas pueden resultar válidas cuando se las dirige contra la imputación objetiva de corte finalista, pierden todo sentido cuando se las trata de hacer valer respecto de la imputación objetiva concebida como parte de una teoría normativa del delito. En efecto, como dentro del normativismo la imputación objetiva es un primer elemento de la teoría del delito, que en su análisis precede a la imputación subjetiva, no resulta válido decir que ella se aplica tan sólo a los delitos imprudentes o de resultado, pues técnicamente es viable también para los dolosos y los de peligro. Sin ahondar demasiado en el tema, también debe advertirse que si dentro de una concepción normativa de la teoría del delito se descarta una noción ontológica de resultado y se asume un concepto normativo del mismo, resulta válido sostener que la imputación objetiva pueda ser aplicada incluso respecto de las tentativas. Y, finalmente, el origen mismo de la imputación objetiva dentro del normativismo, hace que contra ella resulte inaplicable la ya mencionada observación de GIMBERNAT en el sentido de que la imputación objetiva no hace nada distinto de reunir una serie de criterios que hasta entonces no tenían un lugar sistemático claro en la teoría del delito.

A manera de conclusión puede entonces decirse que en la actualidad existen dos concepciones diversas de la imputación objetiva que se disputan el predominio dogmático: una, ampliamente mayoritaria, surgida como consecuencia de los inconvenientes que respecto del delito imprudente se afrontaron dentro de esquemas de tendencia finalista; y otra que nace con la propuesta de una concepción normativa de la teoría del delito. Por consiguiente, cualquier discusión que se intente sobre el tema debe tomar en consideración los diversos orígenes y desarrollos de lo que hoy se denomina, dando una engañosa apariencia de unidad conceptual, la teoría de la imputación objetiva.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Manuel CANCIO MELIÁ

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; I. EL PROBLEMA: *1. Introducción; 2. Las críticas del finalismo: a) Falta de adecuación en el delito doloso; b) Falta de adecuación en el delito imprudente; c) Algunas respuestas provisionales; 3. La perspectiva de enjuiciamiento;* II. LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: *1. Planteamiento; 2. El tipo objetivo; 3. Lo "objetivo" y lo "subjetivo".*

INTRODUCCIÓN

Günther JAKOBS ha contribuido de modo decisivo a la construcción de la llamada teoría de la imputación objetiva,[1] tanto en lo que se refiere al desa-

1 Entre sus trabajos relevantes para el desarrollo de esta teoría cabe citar los siguientes: "Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich zur Begründung der strafrechtlichen Haftung bei Begehung", en: ZStW 89 (1977), págs. 1 a 35 (= "La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión" [traducción de Manuel CANCIO MELIÁ], en: Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997; "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", ZStW 97 (1985), págs. 751 a 785 (= "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico" [traducción de Enrique PEÑARANDA RAMOS], en: JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal* [vid. *supra*]); "Risikokonkurrenz - Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht", en: Wilfried KÜPER *et al.* (ed.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, págs. 53 a 75 (= "Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho Penal" [traducción de Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ y Manuel CANCIO MELIÁ], en: ADPCP 1989, págs. 1053 y sigs.; "Tätervorstellung und objektive Zurechnung", en: Gerhard DORNSEIFER *et al.* (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln etc., 1989, págs. 271 a 288

rrollo concreto de sus contenidos dogmáticos como al análisis de las bases sistemáticas de esta teoría.[2]

(= "Representación del autor e imputación objetiva" [traducción de Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ], en: ADPCP 1989, págs. 493 y sigs.); *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 1a. edición, Berlin etc., 1983; 2a. edición, Berlin etc., 1991 (= *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* [traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo de la segunda edición alemana], Madrid, 1995), sobre todo en su apartado 7; *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, München, 1992 (= "El concepto jurídico-penal de acción" [traducción de Manuel CANCIO MELIÁ], en: JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal* [vid. *supra*]); *La imputación objetiva en Derecho Penal* (traducción de Manuel CANCIO MELIÁ), Santafé de Bogotá, 1994; "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", en: ZStW 107 (1995), págs. 843 a 876 (= *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional* [traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ], Madrid, 1996); "Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation", en: GA 1996, págs. 253 a 268; "La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte" (traducción de Manuel CANCIO MELIÁ), en: JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal* (vid. *supra*); "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales 'riesgo permitido', 'prohibición de regreso' y 'principio de confianza'" (traducción de Enrique PEÑARANDA RAMOS), en: JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal* (vid. *supra*); "Bemerkungen zur objektiven Zurechnung", en: WEIGEND / KÜPPER (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 1999, págs. 45 a 63 (= "Observaciones sobre la imputación objetiva", en: *Revista del Poder Judicial* 56 [1999], págs. 119 a 141 [traducción de Yamila FAKHOURI GÓMEZ]).

Cfr., por todos, el análisis de las aportaciones de JAKOBS contenido en SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, "La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva", en: JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid, 1996, págs. 59 y sigs.

2 Es ésta un área de trabajo de JAKOBS que ha encontrado un especial interés en los países de habla española, como muestra el éxito editorial —desde luego, poco común en una monografía de dogmática jurídica— de su trabajo *La imputación objetiva en Derecho Penal*, obra elaborada precisamente para las Jornadas Internacionales de Derecho Penal organizadas por la Universidad Externado de Colombia en el año 1994: publicado originalmente por la Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de estudios

Precisamente porque los estudios de JAKOBS en la materia —como en todos los demás ámbitos— no se limitan a la edificación de "dogmas" sectoriales que una vez establecidos se pretenden inmutables, o a la mera propuesta de catálogos de soluciones "plausibles" —cosa que sucede con cierta frecuencia precisamente con la teoría de la imputación objetiva—,[3] sino pretenden contribuir a la construcción de una concepción sistemática, no es éste (no puede ser) un tema cerrado para él. En efecto, en un reciente estudio[4] vuelve a plantear —en diálogo con voces críticas provenientes del finalismo— problemas básicos de la teoría de la imputación objetiva. En particular, aborda la decisiva cuestión acerca de cuál es la perspectiva (objetivo-general o subjetivo-individual) desde la cual debe producirse el enjuiciamiento de los contenidos de la teoría de la imputación objetiva.

En el presente trabajo también —como es lógico, prestando especial atención a las contribuciones de Günther JAKOBS— se intentará reflexionar sobre el carácter objetivo o subjetivo de la teoría de la imputación objetiva.

Para ello, en primer lugar se intentará presentar —aunque sólo muy sucintamente— el problema de la tensión entre la definición "objetiva" de la teoría de la imputación objetiva y determinadas constelaciones en las que la opinión dominante recurre a datos "subjetivos" para la determinación

---

No. 1, Santafé de Bogotá, 1994 (reimpresiones en 1995 y 1996), conoce las siguientes ediciones ulteriores: edición española publicada por editorial Civitas, Madrid, 1996 (reimpresión en 1999); edición argentina publicada por editorial AdHoc, Buenos Aires, 1996; edición peruana publicada por editorial GrijLey, Lima, 1998; edición mexicana publicada por editorial Angel Editor, México D.F., 2001; edición brasileña (traducción del español de André Callegari) publicada en 2001, Revista dos Tribunais, Sao Paolo, 2001.

3 Cfr. al respecto CANCIO MELIÁ, *Lineas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, México D. F., 2001, págs. 15 y sigs., 36 y sigs.

4 "Bemerkungen zur objektiven Zurechnung", en: WEIGEND/KÜPPER (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 1999, págs. 45 a 63 (= "Observaciones sobre la imputación objetiva", en: *Revista del Poder Judicial* 56 [1999], págs. 119 a 141 [traducción de Yamila FAKHOURI GÓMEZ]).

de la tipicidad objetiva (*infra* I.). A continuación se llevan a cabo algunas consideraciones que pueden indicar que la problemática sólo podrá abordarse con éxito si se reflexiona acerca de la función del tipo objetivo como categoría (*infra* II.).

I. EL PROBLEMA

1. Introducción

Simplificando al máximo, ¿qué modificaciones supone la teoría de la imputación objetiva en la teoría del delito? Frente a la situación bajo un paradigma causalista, supone la normativización del contenido del tipo objetivo, que ya no puede entenderse como mera descripción valorativamente neutra de un suceso físico-causal. Este enriquecimiento del tipo, de carácter objetivo-valorativo, se suma al conocido enriquecimiento subjetivo (en los delitos dolosos) impuesto por el finalismo con el tipo subjetivo. Entonces, puede decirse que el elemento común más destacado de todas las elaboraciones doctrinales rotuladas "imputación objetiva" está, sin duda, en el reconocimiento de la necesidad de introducir filtros objetivo-normativos en la teoría del tipo.

Y precisamente en esta dirección se dirigen algunas aproximaciones críticas[5] frente a la teoría de la imputación objetiva, formuladas, sobre todo,

5 La validez de la teoría de la imputación objetiva también se ha puesto en duda, en ocasiones, por diversos sectores doctrinales minoritarios desde otras premisas distintas de las aludidas en el texto, con argumentaciones que para lo que aquí interesa no son de un interés central, y que por ello tan sólo se reseñan a continuación de modo muy breve.

Así, desde la perspectiva de un concepto avalorativo de tipo BAUMANN/WEVER/MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 10a. edición, Bielefeld, 1995, 14/62 y sigs., 14/88 y sigs., 14/100, como es natural, no comparten el planteamiento de esta doctrina; cfr. también RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, 17a. edición, Madrid, 1994, págs. 371 y sigs., 378 y sigs., quienes aún optan por tratar en el plano de la causalidad diversos supuestos que hoy suelen considerarse pertenecientes al ámbito de la imputación objetiva; por su parte, COBO DEL ROSAL/

Vives Antón, *Derecho Penal, Parte General,* 4a. edición, adecuada al Código Penal de 1995 por María Isabel Valldecabres Ortiz, Valencia, 1996, págs. 385 y sigs., 388 y sigs., rechazando la teoría de la imputación objetiva, distinguen entre "relación de causación" y "relación de causalidad", concibiendo la primera como algo material y la segunda como relación ideal que concurrirá de existir "predecibilidad"; en la doctrina italiana, vid., por ejemplo, el punto de vista de Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 4a. edición, Milano, 1993, págs. 342 y sigs., especialmente 342 y sig., 370 y sigs., quien en atención a las disposiciones existentes en el CP italiano acerca de la relación de causalidad (arts. 40 y 41 CPit) prefiere mantener las restricciones a la causalidad material —si bien coincidiendo en el fondo con los contenidos de la teoría de la imputación objetiva— bajo el rótulo de la relación de causalidad "en el sentido del Derecho" en vez de llevar a cabo una construcción autónoma. Se trata de puntos de vista completamente minoritarios en las doctrinas española y alemana, y de puntos de vista claramente desfasados cuando parten de una concepción avalorativa del tipo. Sin embargo, por otra parte, queda claro que la mera rotulación como "imputación objetiva" o como "causalidad", partiendo de un entendimiento del tipo como categoría con elementos normativos, no tiene mayor relevancia; lo que ocurre es que ello impide una sistematización de esos elementos cuando no están referidos al resultado, sino a la conducta típica (es decir, impide abarcar buena parte de los problemas tratados por la teoría de la imputación objetiva en la actualidad).

Desde otra perspectiva, por otro lado, en alguna ocasión también se ha sostenido (cfr. Bustos Ramírez, "Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistemáticas)", en EPCr XII [1989], págs. 105 y sigs., 136 y sigs.; Íd. / Hormazábal Malarée, *PG*[4], págs. 296 y sigs.; cfr. también Larrauri Pijoan, "Introducción a la imputación objetiva" en EPCr XII [1989], págs. 221 y sigs.) que alguno de los elementos de la imputación objetiva, en realidad, excluye la antijuridicidad. Desde esta óptica, la imputación objetiva opera a modo de "segundo correctivo" (así Bustos Ramírez, EPCr XII [1989], pág. 114; Larrauri Pijoan, EPCr XII [1989], pág. 245) que presupone la existencia previa de un comportamiento doloso o imprudente. Este sector parece entender que resulta necesario contraponer tipo y antijuridicidad, adscribiendo a esta categoría la valoración del comportamiento y, por tanto, la imputación del resultado: "para que el resultado sea imputado es necesario si la imputación es de carácter valorativo y no física que haya una valoración por parte de alguna regla jurídica, lo que no puede suceder en la tipicidad cuyo contenido valorativo viene de la norma prohibitiva que solo valora actos y no resultados" (Bustos Ramírez / Hormazábal Malarée, *PG*[4], pág. 312). Pero como señala Frisch con razón (*Tipo penal e imputación objetiva*, pág. 87,) no queda claro por qué razón la presencia de valoraciones ha de impedir que se conciba el curso subsiguiente a la acción y la producción del resultado como problema de tipici-

por representantes del finalismo.[6] Estas críticas —que, pese a constituir una puesta en duda radical de las tesis mayoritarias,[7] no han recibido, por lo general, una respuesta concluyente por parte de los partidarios de la teoría de la imputación objetiva—[8] aciertan a plantear una de las cuestiones esencia-

dad. En el ámbito de la tipicidad de los delitos dolosos, BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE explícitamente admiten como "criterios generales de atipicidad" la adecuación social y el consentimiento (*PG*[4], pág. 295) y como "criterios específicos" para determinar "si los procesos de interacción son o no peligrosos" la "disminución del riesgo, el riesgo permitido y el fin de protección de la prohibición (norma de cuidado)" y "el ámbito situacional al ámbito de protección del tipo penal-autonomía de la víctima, pertenencia de la situación a un ámbito de responsabilidad ajena" (*PG*[4], págs. 298 y sigs.). En los delitos imprudentes señalan que la concreción de la lesión del deber de cuidado es también un problema de antijuridicidad (*PG*[4], pág. 370).

6 Aunque no sólo, como se verá a continuación; en especial, debe considerarse en este contexto el importante trabajo de BURKHARDT, "Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung — Zugleich ein Beitrag wider die 'Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven'" en: JÜRGEN WOLTER/GEORG FREUND, *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, págs. 99 y sigs. y, como se ha dicho —cfr. texto correspondiente a la nota 4— el reciente trabajo de JAKOBS, FS Hirsch (nota 4), págs. 45 y sigs.; sobre ello más adelante en el texto.

7 Y afectar, como ha señalado con razón SILVA SÁNCHEZ ("Introducción" a: Bernd SCHÜNEMANN [ed.], *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales* (traducción de Jesús María Silva Sánchez), Madrid, 1991, pág. 18), sin duda alguna, a una de las "cuestiones importantes en la discusión" actual.

8 Cfr., sin embargo, las argumentaciones de JAKOBS, "Tätervorstellung und objektive Zurechnung" en: Gerhard DORNSEIFER *et al.* (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, págs. 271 y sigs., 275 y sigs.; ROXIN, "Finalität und objektive Zurechnung", en: Gerhard DORNSEIFER *et al.* (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, págs. 249 y sig., ambos sobre todo en relación con la postura defendida por ARMIN KAUFMANN; con un análisis global de la crítica del sector del finalismo contrario a la imputación objetiva, FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva* (traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, Beatriz de la GÁNDARA VALLEJO, Manuel JAÉN VALLEJO, CARLOS PÉREZ DEL VALLE, Yesid REYES ALVARADO y Arturo VENTURA PÜSCHEL), Madrid, 1995, págs. 63 y sigs.; respecto del punto de vista de HIRSCH, ahora en profundidad JAKOBS, FS Hirsch (nota 4), págs. 45 y sigs. en polémica con el trabajo de

les en el plano metodológico de las aproximaciones formuladas bajo el nombre de "imputación objetiva" (precisamente, en qué consiste —si es que existe— su carácter "objetivo"). Por ello, parece necesario llevar a cabo una brevísima exposición de estos puntos de vista para posteriormente poder pasar a sintetizar los presupuestos que cabe establecer en el ámbito al que estas aproximaciones críticas se refieren para la teoría de la imputación objetiva.

2. *Las críticas del finalismo*

a) *Falta de adecuación en el delito doloso*

Por un lado, se ha señalado, desde la perspectiva del finalismo, que la teoría de la imputación objetiva resulta superflua en el ámbito de los *delitos dolosos*. En este sentido, se ha afirmado que la imputación objetiva —cuyo origen en el delito imprudente lleva "sellado en la frente", en famosa expresión de Armin Kaufmann—[9] en realidad ocupa el espacio correspondiente al dolo, y en ese sentido —en igualmente conocida expresión de Hirsch—[10] no respetaría el axioma de que "lo que es objetivo y lo que es subjetivo [es una cuestión que] no está a disposición de la dogmática".[11] En suma: en el delito doloso, la imputación objetiva no tiene nada que hacer, ya que en deter-

---

Burkhardt acabado de citar, exhaustivamente Frisch, "Straftat und Straftatsystem", en: Jürgen Wolter/Georg Freund, *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem,* Heidelberg, 1996 págs. 167 y sigs.

9 Armin Kaufmann, FS Jescheck I, pág. 251.

10 "Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel", en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln,* Köln, 1988, pág. 407.

11 Sin embargo, Hirsch, "Zur Lehre von der objektiven Zurechnung" en: Albin Eser *et al.* (ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag,* München, 1998, págs. 119 y sigs., ha revisado posteriormente alguno de sus puntos de vista, si bien manteniendo las críticas metodológicas a la teoría de la imputación objetiva.

minados supuestos lo que faltaría es el dolo, mientras que en otros, sin el análisis del lado subjetivo no resulta posible valorar el hecho.[12]

Alguna reflexión específica merece en este contexto una reacción reciente proveniente del campo del finalismo, el análisis de la teoría de la imputación objetiva por parte de SANCINETTI.[13] Esta aportación se sitúa en realidad en un plano superior respecto de los contenidos dogmáticos concretos de esta teoría, de modo que puede decirse que SANCINETTI lo que discute no es tanto la configuración de la imputación objetiva como su idiosincrasia: la tesis central que este autor sostiene es que en realidad la teoría de la imputación objetiva no es incompatible con un entendimiento subjetivo-monista del injusto.[14] Para SANCINETTI, la teoría de la imputación objetiva tan sólo acota la materia de prohibición, mientras que es el dolo —que debe referirse

12 Cfr. ARMIN KAUFMANN, FS Jescheck I, págs. 251 y sigs., 271 y sig., quien, además, sostiene que en conclusión se trata, en realidad, de problemas de Parte Especial; en sentido próximo HIRSCH, FS Universität zu Köln (nota 10), págs. 403 y sigs., 405; IDEM; "25 Jahre Entwicklung des Strafrechts", en: *25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland — 25 Jahre Juristische Fakultät der Universität Regensburg*, München, 1993 pág. 49; vid. también CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General II, Teoría jurídica del delito*, 6a. edición, Madrid, 1998, págs. 104 y sigs., si bien para este autor (pág. 105), la nueva regulación de la tentativa (a su juicio, excluyendo la punibilidad de la tentativa inidónea) en el CP 1995, obliga al menos a incluir, eso sí, en virtud de una decisión "equivocada" del legislador, al menos la previsibilidad objetiva también en los delitos dolosos, aunque ello no pueda redundar en una incorporación de la noción de cuidado objetivamente debido en el ámbito del delito doloso (pág. 106); para KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlín, 1990, págs. 83 y sigs., 92 y sig., 96 y sig. 115, 197, con un punto de vista algo distinto, faltaría el dominio final del hecho; próximo (dominio del curso causal) ahora también HIRSCH, FS Lenckner (nota 11), págs. 131 y sigs., 135 y sigs.; vid. también GRACIA MARTÍN, en: DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, pág. 44, y coincidiendo parcialmente -en cuanto a que es el referente subjetivo el que tiene la "última palabra"— SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, 1997, págs. 104 y sigs., 107.

13 *Subjetivismo e imputación objetiva* (nota 12), págs. 89 y sigs.

14 *Op. cit.*, págs. 19, 89 y sigs., 94 y sig., 96 y sigs., 122 y sigs.

a esa materia— el elemento decisivo de fundamentación del injusto. En este sentido, la necesidad de elaborar requisitos de imputación objetiva no es contradictoria con un entendimiento subjetivo del injusto, ya que la "subjetivización no prejuzga acerca del *contenido* que hay que subjetivizar, es decir, acerca del 'tipo objetivo'".[15]

En el contexto de las presentes reflexiones no puede realizarse un análisis exhaustivo de este original intento de tomar el bastión de la imputación objetiva por sorpresa en vez de combatirlo —como han hecho otros sectores del finalismo a los que se alude a continuación en el texto—. Pero sí puede señalarse que parece dudoso que sea viable la convivencia feliz que SANCINETTI parece pretender alcanzar: en este sentido, lo cierto es que hay una diferencia entre configurar la teoría de la imputación objetiva como una mera concreción de los límites del injusto (subjetivo) y el entendimiento que le suelen asignar sus defensores. Pues para éstos, la imputación objetiva no sólo acota la materia de prohibición como una especie de límite externo derivado de la teoría de las normas, sino que —de acuerdo con una concepción que reconoce la misión social de la construcción dogmática y consiguientemente de la "norma"— contribuye a la constitución del injusto, ya que no puede haber tipicidad sin relevancia objetivo-social de la conducta. En este sentido, es significativo que el propio SANCINETTI reconozca que hay sectores de la imputación objetiva en los que el ámbito de ésta queda definido de modo completamente objetivo, sin que la adición de datos subjetivos pueda modificar los contornos de lo típico.[16]

b) Falta de adecuación en el delito imprudente

Por otro lado, igualmente desde la perspectiva del finalismo, se ha sostenido que la teoría de la imputación objetiva resulta inadecuada también en el ámbito del *delito imprudente*. En este ámbito, se utilizan dos argumentaciones.

---

15 *Op. cit.*, pág. 94, cursiva en el original.

16 *Op. cit.*, pág. 110, nota 29, págs. 111 y sigs.

En primer lugar, se afirma que la teoría de la imputación objetiva carece de relevancia, pero no por ser inadecuadas sus propuestas de solución, sino porque éstas en realidad no harían otra cosa que reproducir los contenidos ya elaborados por la dogmática de la imprudencia con la infracción del deber objetivo de cuidado —en el primer nivel— y con la llamada relación de contrariedad a deber —en el segundo nivel de imputación objetiva—.[17] Se trata, por lo tanto, en cierta medida tan sólo de una consecuencia de la crítica anterior planteada en el ámbito del delito doloso: no cabe elaborar una teoría conjunta de la imputación objetiva, ya que ésta resulta inviable en el delito doloso; en el ámbito del delito imprudente, los contenidos planteados por la imputación objetiva ya están recogidos por la dogmática tradicional del delito imprudente.

Por otro lado, también se ha planteado —sobre todo por STRUENSEE— otra argumentación que, ésta sí, es paralela a la esgrimida en el ámbito del delito doloso: sí puede elaborarse una teoría unitaria para los problemas tratados por la teoría de la imputación objetiva, pero en realidad éstos se refieren, tanto en el delito doloso como en el imprudente, al tipo subjetivo, tipo subjetivo que —en contra de la opinión común— habría que elaborar también para todas las formas de imprudencia.[18]

De modo sintético cabe decir,[19] entonces, que las críticas formuladas se refieren, en realidad, a dos cuestiones: por un lado, se trata de la posibilidad y justificación material de la introducción de criterios generales —para

17 Cfr. sólo *LK11*-HIRSCH, núm. 32 previo al § 32; KÜPPER, *Grenzen* (nota 12), págs. 91 y sigs., 99 y sig., 100 y sig.

18 Sobre esta cuestión, cfr. también a continuación en el texto; vid. STRUENSEE, "Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit", en: GA 1987, págs. 97 y sigs.; *Idem*; "Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts", en: JZ 1987, págs. 53 y sigs.; en la doctrina española, vid. CUELLO CONTRERAS, *Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito*, Madrid, 1990, págs. 180 y sigs.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal)*, Madrid, 1991, págs. 88 y sigs., 109, 110 y sig., 118 y sigs.

19 Siguiendo a FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva* (nota 8), pág. 67.

la infracción dolosa y la imprudente— de imputación objetiva. Por otra parte, más específicamente, lo que se discute es precisamente el carácter objetivo o no de esos criterios.

c) *Algunas respuestas provisionales*

En lo que se refiere a la primera de las cuestiones —la posibilidad de establecer filtros comunes para el delito doloso y el imprudente— parece que la discusión es más bien artificiosa. Pues que esos filtros existen —al menos en la expresión mínima de la exigencia, como criterio general, de la relación de causalidad en los delitos de resultado— es indiscutible. Y de hecho, las aproximaciones críticas más recientes por parte de los finalistas[20] no se dirigen propiamente en contra de la necesidad de un filtro objetivo general, sino que afirman que ese filtro en los delitos dolosos es en realidad la "dominabilidad objetiva", careciendo la imputación objetiva de la doctrina mayoritaria de unidad sistemática, y no reconociendo la relevancia del elemento de la "dominabilidad objetiva".

Así las cosas, simplificando al máximo, este sector de la crítica se reduce en realidad a un doble planteamiento: por un lado la singularidad de la acción dolosa —que impediría la apreciación de un filtro común—, derivada de la teoría final de la acción. Por otro, la sustitución de los elementos propuestos por la teoría de la imputación objetiva por la "dominabilidad objetiva".

En cuanto a lo primero: sin que aquí pueda entrarse en una discusión pormenorizada,[21] lo cierto es que la teoría final de la acción como base para afirmar una radical diversidad de delitos dolosos e imprudentes ya en la estructura típica no pueden encontrar —abandonado en la actualidad de modo abrumadoramente mayoritario el paradigma metodológico de las estructuras "lógico-materiales"— un consenso mínimo. En cuanto a lo segundo: que la

20 Así, el trabajo de Küpper, *Grenzen* (nota 12), *passim*, y ahora también el de Hirsch, FS Lenckner (nota 11), *passim*.

21 Vid., sin embargo, las consideraciones vertidas a continuación en 3.

sistematización del filtro objetivo deba hacerse bajo el rótulo de la "dominabilidad objetiva" u otro es, evidentemente, lo de menos.[22]

Queda entonces la segunda gran línea de argumentación de las que se ha hablado: el carácter objetivo y subjetivo de los criterios de la teoría de la imputación objetiva. Como se verá inmediatamente a continuación, a esta crítica —formulada, como ahora se señalará, no sólo por autores finalistas— le corresponde una relevancia mucho mayor.

3. La perspectiva de enjuiciamiento

Como antes se ha dicho, una de las líneas críticas formuladas contra la teoría de la imputación objetiva se refiere precisamente a su carácter "objetivo" o no.[23] En este sentido, lo cierto es que un examen algo más detenido de la doctrina de la imputación objetiva puede resultar sorprendente. Los elementos de esta teoría referidos a la caracterización de la *conducta* (por ejemplo, entre diversos conceptos utilizados por distintos autores, los de "creación de riesgo", "alcance del tipo" o "creación desaprobada del riesgo", "riesgo permitido", etc.) en realidad son una generalización de los *contenidos del tipo*.[24]

Se pretende que estos contenidos son de carácter "objetivo". Pero ¿cuál es la perspectiva desde la cual se valoran esos contenidos? La respuesta es que la perspectiva respecto de la conducta (por ejemplo: riesgo permitido no) es *ex ante*[25] (mientras que en la constatación de la tipicidad del resultado, sería *ex post*). ¿Y cómo se formula esa perspectiva *ex ante*? Es aquí donde

22 Vid. esta argumentación en JAKOBS, FS Hirsch (nota 4), págs. 44 y sig. y *passim*.

23 Sobre las interrelaciones entre uno y otro aspecto del hecho en las desviaciones del curso causal, cuestión que aquí queda fuera de consideración, vid. sólo GÓMEZ BENÍTEZ, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER, *Omisión e imputación objetiva*, 1995, págs. 91 y sigs.

24 Vid, sobre esto CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, págs. 64 y sigs.

25 Puesto que este juicio desde la perspectiva *ex ante* se hace en la *praxis* procesal, como es evidente, en un momento posterior —el momento de enjuiciamiento del

comienzan los problemas: de acuerdo con la posición mayoritaria, este juicio se hace desde la perspectiva de un sujeto ideal perteneciente al contexto social en el que actúa el sujeto. Es decir, por ejemplo, en el ámbito de la imprudencia: ante el estado de la calzada, teniendo en cuenta la iluminación, las características del vehículo, etc. ¿qué valoración (riesgo permitido-riesgo no permitido) hubiera hecho un "conductor racional"?[26]

Sin embargo, como inmediatamente se pensará, en muchas ocasiones el autor concreto no se corresponde con ese sujeto ideal. En lo que aquí interesa, puede divergir en *dos direcciones*: puede que sepa *más*; con un ejemplo de dolo: el sujeto "ideal" desconoce que la persona a la que va a dar un puñetazo es hemofílico, el sujeto concreto lo sabe. Puede que tenga *mayores* facultades: el conductor profesional puede frenar allí dónde el "conductor ideal" colisione irremediablemente. Puede que sepa *menos*: el conductor inexperto, en lo que se refiere a la conducción por ejemplo en el Norte de Europa (por ejemplo, es caribeño) no sabe cómo debe comportarse en caso de hielo en la calzada; el "conductor ideal" en el ámbito de relación (por ejemplo, Noruega) sabe que no debe pisarse el freno de modo continuado para evitar un deslizamiento del vehículo.

¿Cómo resuelve esto la doctrina mayoritaria? Dicho en palabras de *Roxin*, hay que "generalizar hacia abajo, [e] individualizar hacia arriba",[27] es

---

hecho— se denomina habitualmente "pronóstico objetivo posterior" (vid. sólo Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3a. edición, München, 1997, 11/35; acerca de que esta denominación es incorrecta cfr. sólo Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 1a. edición, Berlin, 1983; 2a. edición, Berlin, 1991, 7/32, nota 52; pues en un juicio ideal [es indiferente cuándo se haga] y, como se verá a continuación, precisamente no es "objetivo").

26 Vid. por todos, Roxin, *AT I3* (nota 25), 24/32 y sig.

27 *AT I3* (nota 25), 24/51; vid. también Puppe, "Comentario previo a los §§ 13 y sigs.", en: Ulfrid Neumann/Heike Jung (ed.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1a. edición, Baden-Baden, 1995, n.m. 145 previo al § 13; Mir Puig, "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho", en: Idem; *El Derecho*

decir, los conocimientos y facultades inferiores a la media *no* se tienen en cuenta[28] (la conducta típica), los conocimientos y las facultades superiores a la media *sí* se tienen en cuenta (la conducta es igualmente típica).[29]

Tomando el ejemplo de los "conocimientos especiales" (es decir, *mayores* a los del sujeto ideal) en materia de infracción dolosa, entonces, que un dato perteneciente a la mente del autor (por ejemplo, el conocimiento de que el avión al que manda a su tío hay un artefacto explosivo) decida acerca de la determinación "objetiva" de la existencia de un riesgo típico del homicidio parece indicar que la crítica planteada por algunos autores y señaladamente por Armin KAUFMANN es correcta. ¿Qué imputación "objetiva" es ésta?

Por otro lado, también en la otra dirección (capacidades o conocimientos *inferiores* a los del observador ideal) vienen planteándose críticas a la posición de la doctrina dominante. En efecto —aparte de las críticas formuladas por STRUENSEE y otros representantes del finalismo, que convergen aquí en el resultado—[30] recientemente se ha argumentado en contra de este procedimiento, fundamentalmente,[31] que es completamente contrario a la econo-

Penal en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, 1994, págs. 234 y sig., con ulteriores referencias.

28 Conforme a la doctrina dominante, la infracción imprudente carece de tipo subjetivo, de modo que esos elementos individuales deberían tenerse en cuenta a efectos exoneratorios en la culpabilidad, cfr. por todos JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5a. edición, Berlin, 1996, § 54 I.

29 Tan sólo se ha apartado de este consenso (al menos respecto de infracciones dolosas) JAKOBS, GS Armin Kaufmann (nota 8), págs. 271 y sigs. e *Idem*; *AT2* (nota 25), 7/49 y sigs.; de acuerdo con su posición, sólo deben incluirse en la base de enjuiciamiento aquellos conocimientos que formen parte del rol social en el que actúa el sujeto, ya que fuera de éste no existe la obligación de adquirirlos, de modo que no tendría sentido establecer el deber de activarlos una vez adquiridos.

30 Vid. las referencias *supra* 1. b) en notas.

31 Respecto de otras críticas sistemático-metodológicas, vid. exhaustivamente BURKHARDT, en WOLTER/FREUND, *Straftat* (nota 6), págs. 99 y sigs.

mía conceptual:[32] ¿qué sentido puede tener fundamentar un juicio "objetivo" para afirmar la tipicidad de la conducta si en caso de resultar inevitable individualmente su realización no podrá haber responsabilidad penal?[33] Con esta crítica —que introduce en el contexto de la teoría de la imputación objetiva la ya antigua discusión entre determinación objetiva o individual de la imprudencia—,[34] se ataca, como es evidente, a la misma esencia de la imputación objetiva.

Sintetizando, entonces, las críticas planteadas: ¿qué sentido tiene el establecimiento de un filtro (pretendidamente) "objetivo"? Es ésta una cuestión que no puede quedar sin contestar para la elaboración de una teoría de la imputación objetiva.

II. Lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva

1. Planteamiento

Está en juego, entonces, un presupuesto decisivo para un desarrollo dogmático de la teoría: se trata de determinar hasta qué punto es cierto que la teoría

32 En esta argumentación han coincidido últimamente Burkhardt, en: Wolter/Freund, *Strafiat* (nota 6), págs. 103 y sigs., 109 y sigs.; Jakobs (apartándose al menos parcialmente de su anterior posición en *AT2* (nota 25), 7/47 y sigs., Idem; FS Hirsch (nota 4), págs. 55 y sigs., 57, 58 y sigs., 62 y sig.; Lesch, *Grundlinien einer funktionalen Revision des Verbrechensbegriffs,* escrito de habilitación, Universidad de Bonn, manuscrito, 1997, 2. IV. c); también Schünemann, GA 1991, pág. 217 (reformulando su propia posición, vid. *ibIdem*; nota 42).

33 Téngase en cuenta que desde el punto de vista de la doctrina dominante, se comprobará este extremo en la *culpabilidad*, al no aceptarse la existencia de un "tipo subjetivo" del delito imprudente.

34 Vid. sólo Roxin, *AT I3* (nota 25) 24/46 y sigs.; Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat,* 3a. edición, Köln, 1981, n.m. 1097; Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General (Fundamentos y Teoría del delito),* 5a. edición, Barcelona, 1998, 11/40 y sigs., con ulteriores referencias: la discusión versa acerca de si la evitabilidad individual debe valorarse ya en el marco de la tipicidad o, como propone la opinión dominante, en la culpabilidad.

de la imputación objetiva puede concebirse como parte de la teoría del tipo objetivo, es decir, hasta qué punto se trata de una categoría verdaderamente objetiva, cuestión que, como antes se ha visto, está sometida a un intenso debate.

El punto de partida de este análisis debe estar en recordar el progresivo enriquecimiento —prácticamente desde su misma creación— del concepto de tipo de VON LISZT-BELING-RADBRUCH, objetivo y avalorativo, por elementos subjetivos y normativos.[35]

El criterio de clasificación sistemática que dio origen a la noción original de tipo, es decir: elementos objetivo-fácticos en un sector de la teoría del delito, elementos valorativos y subjetivos en otros, está, como es sabido, ligado a un entendimiento metodológico completamente obsoleto. Entonces, la justificación sistemática para mantener determinadas estructuras dogmáticas debe provenir de otro lado. Pero también parece claro que algún criterio clasificador debe estar en la base de la construcción hoy comúnmente aceptada de la teoría del delito, y que debe ser posible designarlo. Por ello, si la opinión dominante defensora de la imputación objetiva maneja la distinción entre "tipo objetivo" y "tipo subjetivo", atribuye a la imputación objetiva al primero y después introduce datos subjetivos (como los "conocimientos especiales" en el delito doloso) para determinar esa "imputación objetiva", es evidente que la pelota está en su tejado. En este sentido, decir frente a las formulaciones de los críticos que la teoría de la imputación objetiva "no se detiene ante circunstancias subjetivas"[36] o que el homicidio, las

35 Sobre esta evolución cfr. sólo últimamente FRISCH, en: WOLTER / FREUND, *Strafiat* (nota 6), págs. 167 y sigs.; LESCH, *Revision* (nota 32), IV. 2. b) aa).

36 WOLTER, "Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem. Ein normtheoretischer Beitrag zum 'Risikoprinzip' von Claus Roxin und zur 'Wesentlichkeit von Kausalabweichungen'", en: GIMBERNAT / SCHÜNEMANN / WOLTER, (ed.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin*, Heidelberg, 1995, pág. 3.

lesiones, etc., es decir, el hecho imputado es "algo objetivo",[37] no parece más que una finta para salir del paso.

2. *El tipo objetivo*

En el marco de la teoría del delito —en síntesis— las distintas categorías vienen justificadas porque son elementos que tienen una función de filtro, es decir, que sirven para excluir de ulteriores análisis determinadas constelaciones de casos. Si los elementos subjetivos pueden ser tan determinantes[38] para la aparición de una conducta relevante para el tipo objetivo, ¿para qué esa figura del tipo objetivo?

La respuesta depende, *en primer lugar*, de que el tipo objetivo pueda constituirse efectivamente en *filtro*.

El punto de partida que debería quedar claro para el análisis de esta cuestión es que el tipo objetivo no es nada más que uno de los elementos del injusto global; no es un escalón de valoración propio.[39] Sólo hay injusto cuando se puede afirmar la tipicidad *in toto*.

Pero aún así, cabe la posibilidad que pueda eliminar del proceso de imputación determinados supuestos de hecho. Y al menos para aquellos autores que sostienen que hay determinados supuestos en los que ciertos conocimientos o facultades especiales superiores no deben ser tenidos en cuenta en la determinación de la tipicidad, queda claro que sí existe esa función de filtro.[40]

37 Roxin, GS Armin Kaufmann (nota 8), págs. 250 y sig.; *Idem*; "Die Lehre von der objektiven Zurechnung", en: Chengchi Law Review 50 (1994), *Sonderausgabe zum Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen Strafrechtlichen Symposium: Die Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven - ein gordischer Knoten in der Strafrechtsdogmatik*, pág. 247.

38 De modo indiscutido en el delito doloso, y conforme a un creciente sector de la doctrina, también en el injusto del delito imprudente.

39 Jakobs, FS Hirsch (nota 4), pág. 45 nota 2.

40 Así, señaladamente Jakobs, *AT2* (nota 25), 7/49 y sigs.; cfr. a continuación en el texto.

Como es sabido, JAKOBS es uno de los autores que de modo más decidido ha avanzado en esta dirección. Precisamente, sus ejemplos en los que a pesar de la clara concurrencia de "dolo", por razones "objetivas" no debe imputarse, en su opinión, son aquellos puntos de su construcción de la teoría de la imputación objetiva que más discusión han provocado: recuérdese el caso del estudiante de biología que, trabajando en sus vacaciones de camarero, sirve a un comensal una rara y exótica fruta que le entregan en la cocina del restaurante, y ello a pesar de reconocer —por sus conocimientos botánicos especializados— tal fruta como altamente tóxica. Según JAKOBS, las "razones objetivas" —que el "rol social" de camarero no incluye un control de los alimentos salidos de la cocina con conocimientos específicos de botánica— deben conducir a no imputar el resultado, por no ser objetivamente típica la conducta como acción de homicidio.[41]

Por ello, no se entiende que JAKOBS en el reciente trabajo antes mencionado[42] sostenga que el establecimiento de un filtro objetivo previo "en todo caso" sirve para la exclusión de ciertos conocimientos especiales, o que el establecimiento de tal filtro no hace daño, pero tampoco sirve para nada, ya que en última instancia el nivel máximo de la imputación viene determinado por el lado subjetivo.

Pues si pueden excluirse algunos supuestos del proceso de imputación, ya está justificada la función de filtro y la validez del juicio objetivo. Que JAKOBS señale que esto —como en general la pertenencia de algún elemento a injusto o culpabilidad— sea una mera cuestión "didáctica", pero no del "concepto de delito"[43] indica, según parece, su creciente proximidad a un modelo unitario-hegeliano de delito.[44]

---

41 Cfr. JAKOBS, GS Armin Kaufmann (nota 8), págs. 271 y sigs.

42 FS Hirsch (nota 4), págs. 57, 62 y sig.

43 *IbIdem*; pág. 62.

44 En lo que aquí interesa: sin distinción entre injusto y culpabilidad; cfr. el desarrollo en LESCH, *Revision* (nota 32), III y IV.

Sin poder abordar aquí cuestión de tal magnitud, como es natural, sí cabe constatar lo siguiente: es indiscutible que todo el proceso de imputación jurídico-penal se ve determinado por la meta hacia la que camina: la constatación (o no) de culpabilidad. En ese sentido, una teoría del ordenamiento penal (en palabras de Jakobs: el "concepto de delito") tiene que estar dominada por esta su esencia.

Ahora bien, no hay ninguna razón que haga pensar que una descomposición analítica de ese "concepto" sea mera "didáctica": en efecto, la teoría del delito es un mecanismo de análisis de supuestos, de *reconstrucción dogmática* de la norma. Y en ello, como se observará a continuación, pueden pesar puntos de vista alejados de una percepción que puede percibirse como teórico-esencialista.

En efecto: es que, *en segundo lugar*, hay buenas razones —ínsitas en la función de la teoría del delito como instrumento dogmático— para que ello sea así: "... en el Derecho Penal de un Estado de libertades no se trata del control de los aspectos internos, con inclusión de los motivos, sino del control de lo externo. La pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos que son ya, en cualquier caso, perturbadores",[45] es decir, que la descomposición analítica del hecho llevada a cabo por la teoría del delito sólo puede ir avanzando en la introducción de elementos de contexto en la medida en que estos indiquen la realización de un hecho jurídico-penalmente relevante. Hay que comenzar por la perturbación general-objetiva, por el significado social "perturbación", que se aprehende, en un primer paso, a través de la teoría de la imputación objetiva.

3. *Lo "objetivo" y lo "subjetivo"*

Ahora bien, que esta delimitación de sucesivos "niveles de contexto" no puede hacerse conforme a un esquema simplista "dentro de la cabeza" — "fuera

45 Son estas palabras del propio Jakobs, ZStW 97 (1985), pág. 761; vid. en el mismo sentido respecto de la cuestión debatida en el texto Frisch, en: Wolter / Freund, *Strafiat* (nota 8), pág. 194.

de la cabeza" también es evidente. En este sentido, *"objetivo" significa concreción de la norma conforme a los patrones generales de un sujeto en un determinado papel social.*

Y desde esta perspectiva no pueden resultar convincentes las críticas que se han planteado en el sentido de que la teoría de la imputación objetiva estaría usurpando determinadas cuestiones pertenecientes a lo subjetivo. Pues si de lo que se trata es de una determinación general de los límites de la tipicidad objetiva en el sentido de general, no puede ser decisivo que los datos introducidos en este juicio sean, desde un punto de vista externo-natural, de naturaleza "objetiva" o "subjetiva". Al igual que otros datos del contexto que permiten esa valoración objetiva en el sentido de general, un dato subjetivo como el conocimiento de determinado hecho puede incluirse en el tipo objetivo sin que se destruyan las barreras entre tipo objetivo y subjetivo: pues la valoración en la que es introducida ese dato es distinta de la que procede realizar en el tipo subjetivo. Lo que importa para este análisis es el significado —en expresión de MIR PUIG[46]— "intersubjetivo" de la conducta.[47] Y éste puede variar en función de los datos conocidos por el sujeto

46 Vid. "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", ahora en: *Idem*; *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, pág. 184; *Idem*; "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal", ahora en: IDEM; *op. cit.*, págs. 233, 241.

47 A los efectos que aquí se persiguen —mostrar que la introducción de datos subjetivos, como pueden ser determinados conocimientos, en la teoría del tipo objetivo, no supone un sacrilegio sistemático—, baste lo dicho en el texto. Otra cuestión es cuál es el peso que debe asignarse a lo "subjetivo" y a lo "objetivo" —esta vez, entendidas estas expresiones en su sentido habitual— en la fundamentación del injusto. Esta problemática —para MIR PUIG, "Sobre lo subjetivo y lo subjetivo en el injusto", en: *Idem; El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho* (nota 40), pág. 181, "el debate doctrinal tal vez más importante que ha tenido lugar en este siglo acerca de las bases de la teoría del delito", y cuya consideración como tal, evidentemente, excede del ámbito del presente estudio — se ha manifestado en el contexto que aquí interesa sobre todo, en la cuestión de si el hecho de que una conducta sea dolosa puede afectar a su peligrosidad, es decir, si el comportamiento doloso es "más peligroso" que el imprudente, lo que conllevaría la imposibilidad de un tipo objetivo común para dolo e imprudencia (afirmativamente, por ejemplo, MIR PUIG, "Función

actuante. Esta diferenciación en cuanto al contexto relevante para efectuar el juicio de tipicidad puede incluso trasladarse dentro de la teoría de la imputación objetiva: desde esta perspectiva, las distintas instituciones dogmáticas que la configuran pueden obtener su diferente posición sistemática en función de la clase y cantidad de datos que se incorporen desde el contexto al juicio de imputación, yendo desde valoraciones más abstractas hasta la introducción de elementos más concretos del contexto.[48]

---

de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho", 2a. ed., en: *Idem*; *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*, págs. 67 y sigs., 69; *Idem*; "La perspectiva ex ante en Derecho Penal", en: *Idem; op. cit.*, págs. 102 y sig.; *Idem*; "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", en *Idem*; *op. cit.*, pág. 187; *Idem*; "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal", en: *Idem*; *op. cit.*, págs. 236 y sig.; Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, págs. 388 y 400; Luzón Peña, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: *Idem*; *Derecho Penal de la circulación 2*, pág. 116; Torío López, "Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva", en: ADPCP 1986, págs. 39 y sig., 42; Sancinetti, "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva", en: Cancio Meliá/Ferrante/Sancinetti, Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva, Buenos Aires, 1998, págs. 58 y sigs.; Schünemann, "Über die objektive Zurechnung", en GA 1999, págs. 220 y sigs. En contra, Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid 1992, págs. 108 y sigs.).

48 Cfr. en esta línea Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 1a. edición, Barcelona, 1998; 2a. edición, Barcelona y Santafé de Bogotá, 2001, págs. 303 y sigs., 315 y sigs.

Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico-penal del autor

Manuel Cancio Meliá

Sumario: I. Introducción; II. Modelos de solución: A) Tratamientro encubierto de la víctima; B) Consentimiento; C) Auto- y heteropuesta en peligro; D) Movimiento de protección ("victimodogmática"); III. La víctima en el sistema de imputación penal: A) El principio de autorresponsabilidad de la víctima; B) La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima: *1. Definición; 2. Imputación no accesoria; 3. Imputación objetiva; 4. Organización conjunta; 5. Recortes normativos de la autorresponsabilidad;* C) Imputación de la víctima e imputación objetiva; *1. La conducta de la víctima en otras instituciones de la imputación objetiva del comportamiento; 2. La conducta de la víctima en la imputación objetiva del resultado.*

I. Introducción

1. No es frecuente que en el marco de reflexiones dentro de la teoría del delito la figura del sujeto lesionado por el hecho penal, la víctima, ocupe un papel destacado. Más bien, la víctima vive un papel marginal, confinada a una consideración puntual como "sujeto pasivo" o incluso como "objeto material" del delito. De hecho, es prácticamente un lugar común la afirmación de que el nacimiento del Derecho Penal moderno se genera "con la neutralización de la víctima",[1] en el momento en el que la satisfacción del sujeto lesionado es sustituida por la retribución de un hecho injusto. Tal "neutraliza-

1 W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2a. ed., München, 1990, pág. 70.

ción" de la víctima ha progresado hasta el punto de que parece que puede describirse el conflicto que está en la base del hecho penal prescindiendo completamente de la figura del sujeto concretamente lesionado: "En materia penal siempre hay dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse".[2] El ordenamiento jurídico-penal, se dice, es consecuencia de una evolución histórica que ha discurrido desde la reacción privada de la víctima o de su grupo familiar, pasando por los pactos de paz de la Edad Media hasta llegar al monopolio en la imposición de penas y en el ejercicio de la violencia establecido a favor del Estado en la sociedad actual,[3] o, dicho de otro modo, el proceso de publificación del ordenamiento penal es al mismo tiempo una evolución de desvictimización.[4] Con independencia de que esa imagen —la de una "edad de oro" originaria de la víctima y de las soluciones de carácter privado en el marco de la reacción frente a agresiones, sustituida a lo largo de la historia por una marginación de la víctima y un creciente protagonismo del Estado— sea correcta en términos histórico-sociológicos,[5] parece

2 Así en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

3 Vid. sólo la exposición de NEUMANN, en: HASSEMER (ed.), *Strafrechtspolitik, Bedingungen der Strafrechtsreform*, Frankfurt am Main etc., 1987, págs. 225 y sigs., y desde la perspectiva de la criminología, por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3a. ed., Valencia, 1996, págs. 38 y sigs.

4 MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 2a. ed., Padova, 1988, pág. 233; cfr. sobre esta idea también el conocido trabajo de CHRISTIE, 17 BritJCrim (1977), pág. 1.

5 Se muestran críticos frente a esta interpretación, desde la perspectiva empírica, por ejemplo, MAWBY/WALKLATE, *Critical Victimology. International Perspectives*, London etc., 1994, págs. 58 y sigs., 62 y sigs., 67 y sig., para quienes un análisis de los sistemas de reacción "penal" de sociedades "primitivas" contemporáneas o pasadas, incluyendo los sistemas existentes en etapas históricas anteriores en las sociedades occidentales, parece indicar que los mecanismos de compensación "privados" (de los que se dice que otorgaban a la víctima una posición central) en realidad servían a la negociación entre determinados subgrupos sociales, siendo el interés dominante no la satisfacción de la víctima, sino el mantenimiento de la paz social dentro de la comunidad o de la situación de dominio de determinados grupos sociales: nada distinto

que existe cierto consenso en torno a la idea de que la dogmática jurídico-penal no ha sido ajena a esta desatención hacia la figura de la víctima. En este sentido, se afirma que el Derecho Penal tradicionalmente ha dispensado una atención tan sólo secundaria a la víctima,[6] incluso se dice que la "víctima del delito" ha llegado a ser "también una víctima de la dogmática de la teoría del delito."[7]

En este contexto, sin embargo, en los últimos años se ha producido, tanto en Europa como en los Estados Unidos, lo que se ha llamado el "redescubrimiento" de la víctima por parte de las ciencias penales. Este redescubrimiento se manifiesta en muy diversos sectores. Por un lado, en el marco de la política criminal, pueden encontrarse tendencias tanto dirigidas a una mayor protección de la víctima por parte del ordenamiento penal como preocupadas por reducir la responsabilidad de aquellos sujetos que atentan contra los bienes de víctimas que son especialmente "descuidadas" con éstos. En el plano del Derecho Procesal Penal, se está desarrollando en algunos países un intenso debate acerca de las modalidades de intervención de la víctima en el proceso. Dentro del Derecho Penal material, las consideraciones ligadas a la víctima van desde determinados aspectos de la legítima defensa, pasando por la relevancia que debe corresponder a la reparación de la víctima en el sistema de sanciones, hasta la cuestión del significado dentro del sistema general de imputación de la conducta de la víctima en el suceso que conduce a la lesión de sus bienes.

2. La problemática enunciada en último lugar —de la que se ocupan estas páginas—, la hipótesis de que en Derecho Penal la conducta de la "víc-

---

de lo que se puede afirmar del Derecho Penal moderno. Desde otro punto de vista —la teoría de la prevención general positiva—, establece un diagnóstico similar Jakobs, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993, págs. 10 y sigs.

6 Torío López, en: *Estudios en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, págs. 716 y sig.

7 Eser, en: Immenga *et al.* (ed.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 1996, pág. 1020.

tima", de la persona lesionada por una conducta de otro, puede adquirir relevancia de algún modo en la producción de la lesión de sus propios bienes, y, concretamente, también en la valoración jurídico-penal del comportamiento del otro sujeto interviniente, del "autor", abre, en principio, un campo de una amplitud enorme. En numerosos supuestos, la contribución de la víctima parece irrelevante, al igual que muchas intervenciones del autor ya desde un principio carecen de significado delictivo. Desde el mero hecho de encontrarse la víctima en un determinado lugar en un determinado momento, siendo lesionada por el autor, hasta la ejecución por parte de la víctima de una autolesión a la que un tercero realiza alguna contribución menor, la "víctima" y el "autor" pueden jugar muchos papeles en el suceso, y en muchos casos estará claro que una u otra de las intervenciones —la de la víctima o la del autor— carece de toda relevancia jurídico-penal. Sin embargo, pueden hallarse con facilidad múltiples supuestos en los que la valoración de las conductas de autor y víctima no resulta unívoca, ni en el sentido de excluir la relevancia de una ni de otra: piénsese sólo en dos sujetos que emprenden conjuntamente una competición irregular de motocicletas sufriendo uno de ellos una caída, o en quien reabre una herida que otro le ha provocado sufriendo lesiones por la infección consiguiente, o en dos sujetos que mantienen relaciones sexuales siendo uno de ellos portador del virus causante de una peligrosa enfermedad.

Desde principios de los años noventa, en la doctrina jurídico-penal de los países que cuentan con un sistema continental-europeo, en particular en aquellos que han desarrollado estudios dogmáticos acerca de la teoría del delito —y dentro de éstos, sobre todo en la doctrina alemana— se viene produciendo la plasmación en varios estudios monográficos de una etapa de efervescencia doctrinal y jurisprudencial en relación con esta problemática.[8]

8 Quizás las contribuciones más relevantes en este periodo de tiempo sean las siguientes: FIEDLER, *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung — unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, Frankfurt am Main etc., 1990; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken*, Freiburg im Breisgau, 1991; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin,

La discusión teórica, en este caso, no se debía a consideraciones académicas alejadas de los problemas de la práctica forense. Por el contrario, fue impulsada de modo decisivo por la aparición de supuestos concretos ante los tribunales. En efecto, el intenso debate al que se acaba de aludir se había iniciado sobre todo a partir del año 1984 con una sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 14 de febrero[9] —en el llamado caso de la jeringuilla— en

1992; Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993; Tamarit Sumalla, *La víctima en el Derecho Penal*, Pamplona, 1998; García Alvarez, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida por su titular*, Valencia, 1999. Más referencias en Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, 1998, págs. 87 y sigs.; referencias bibliográficas de las aportaciones posteriores a 1998 en Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2a. edición, Barcelona, 2001 y Santafé de Bogotá, 2001, respectivamente, págs. 375 y sigs. y págs. 27 y sigs.

9 BGHSt 32, págs. 262 a 267. Esta resolución fue saludada por Roxin como un punto de inflexión en la evolución de la posición de la jurisprudencia (vid. NStZ 1984, pág. 411; idem, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3a. ed., München, 1997 (en lo que sigue, citado *AT I3*), 11/94: "cambio espectacular"); crítica con esta apreciación de Roxin, sin embargo, Walther (*Eigenverantwortlichkeit* [n. 8], pág. 15 con n. 38), para quien el cambio llegó en realidad en el momento en el que se aceptó por parte de la jurisprudencia la nueva línea doctrinal también para los supuestos de entrega de la sustancia estupefaciente, aceptación que se produjo poco después (cfr. también W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, págs. 1 y sig.).

Indica, por lo demás, la relevancia de la sentencia el hecho de que en uno de los grandes comentarios al StGB se haya afirmado que "en sus resultados, debe ser valorada sin reserva alguna como positiva" (Cramer, en: Lenckner/Cramer/Eser/Stree, *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24a. ed., München, 1991 (= *S/S*[24]), § 15 No. 156). En todo caso, hay pocas resoluciones de un tribunal que hayan merecido —más allá de un tratamiento muy destacado en las monografías sobre la materia y en los manuales y los tratados dedicados a la Parte General— tantos comentarios como esta sentencia: W. Hassemer, JuS 1984, pág. 724; Horn, JR 1984, págs. 513 y sig.; Kienapfel, JZ 1984, págs. 751 y sig.; Otto, Jura 1984, págs. 536 y sigs.; Roxin, NStZ 1984, págs. 411 y sig.; Dach, NStZ 1985, págs. 24 y sig.; Stree, JuS 1985, págs. 179 y sigs.; cfr.

la que este tribunal constataba que la "autorresponsabilidad" de la víctima debía tenerse en cuenta en la valoración jurídico-penal de un suceso en el que ésta había intervenido. En el caso concreto, el tribunal —rompiendo así con su *praxis* anterior— absolvió de la acusación de homicidio imprudente al sujeto que le había proporcionado a un heroinómano una jeringuilla con la que inyectarse la sustancia estupefaciente que le produjo la muerte. Poco antes, en España, una sentencia del Tribunal Supremo, dictada el día 17 julio de 1990,[10] relativa a un supuesto próximo, había llamado la atención de la doctrina de modo muy especial.[11] Se trataba de un caso en el que con ocasión de un juego irresponsable con un arma de fuego, quien había retado al portador del arma a realizar un alarde de puntería, resultaba muerto al ser alcanzado por el disparo. En su sentencia, el Tribunal Supremo llegó a una solución —salomónica en lo material: se pronunció una condena por homicidio imprudente, pero atenuando la pena— en la que se discutían con inusual profundidad las últimas aportaciones de la literatura. Como es lógico, esta problemática material no es en absoluto desconocida para los tribunales de justicia de cualquier país en el que esté en funcionamiento un sistema penal formalizado, y, según alcanzo a ver, ha ocupado también a los tribunales de justicia del ámbito anglosajón, en particular, de los EE.UU., en múltiples ocasiones.[12] También la *jurisprudencia peruana*, presenta casos relacionados con esta problemática; en particular cabe hacer referencia a una resolución que tiene especial interés por el alto grado de penetración de la discusión dogmática[13] en las reflexiones del tribunal y que podemos denominar

también las consideraciones de W. FRISCH, quien la toma como punto de partida para su monografía *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, págs. 1 y sigs.

10 Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (RA) No. 6728.

11 Vid. sólo el comentario de MIR PUIG, ADPCP 1991, págs. 261 y sigs.

12 Cfr., por todos, HAREL, 82 Cal. L. Rev. (1994), págs. 1190 y sigs.; MCCARDELL, 62 Temp. L. Rev. (1989), págs. 784 y sigs.; más referencias en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), págs. 110 y sigs.; vid. también la nota 17.

13 Vid. sobre la cuestión en la jurisprudencia peruana REYNA ALFARO, REDP 1 (1999).

caso del puente:[14] el acusado había organizado una fiesta-concierto sobre una explanada ubicada al lado de un río. Sobre el río había un puente colgante, construido de modo artesanal con sogas y pequeños trozos de madera. Para llevar a cabo la fiesta, el procesado solicitó previamente la autorización de la Alcaldía del sector y la fiesta contó también con apoyo policial. El festival se desarrolló con normalidad a lo largo del día, cuando al anochecer un grupo de cuarenta personas en estado de ebriedad motivados por el furor de la fiesta se dispusieron a bailar sobre el puente, cediendo éste por el sobrepeso, produciéndose la caída de todos sus ocupantes sobre las aguas, con el fallecimiento de dos personas por ahogamiento, resultando otros tantos heridos. El tribunal de instancia condenó al organizador de la fiesta como autor del delito de homicidio imprudente, por considerar que si no se hubiera llevado a cabo la fiesta las víctimas no habrían tenido oportunidad de participar en la misma, ni tampoco hubiesen fallecido ahogadas; en última instancia, el organizador faltó a su deber de adoptar todos los cuidados necesarios para evitar el resultado. La Corte Suprema, por el contrario, absolvió de responsabilidad penal al procesado basando su razonamiento en dos niveles de valoración: **a)** en primer lugar, el agente no ha violado ningún deber de cuidado al haber llevado a cabo la fiesta con la adopción del cuidado necesario, lo que se evidencia con la existencia de un permiso de la autoridad política y de la presencia de fuerza policial en la zona de baile; y **b)** que, conforme a la experiencia un puente colgante es una vía de acceso al tránsito de las personas y no una plataforma de baile, por lo que son las propias víctimas las que de un modo imprudente han creado su propio riesgo, debiendo asumir las consecuencias del mismo.

5. Desde un principio llama la atención —como antes se ha dicho— que pueden hallarse con facilidad múltiples supuestos en los que la valora-

14 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia No. 4288-97, de 13.4.1998; debo el conocimiento de esta resolución a José Antonio Caro John (U. San Marcos/Lima-U. de Bonn); vid. ahora el comentario a esta resolución de García Cavero, "La imputación objetiva en los delitos imprudentes", en: *Revista de Derecho* (Universidad de Piura), 1 (2000), págs. 191 y ss.

ción de las conductas de autor y víctima no resulta unívoca, ni en el sentido de excluir la relevancia de una ni de otra. Hay casos en los que incluso puede decirse que lo que está en juego en la valoración jurídico-penal del suceso es la cualidad misma de "víctima" en quien ha sufrido el daño y, correlativamente, de "autor" en quien ha intervenido junto a la persona lesionada. Esta problemática muestra una peculiaridad decisiva: se trata de introducir la figura de la víctima en el contexto de la valoración normativa del comportamiento del autor, especialmente, de determinar si la conducta de la víctima puede resultar relevante para constatar si siquiera existe una conducta típica. Ha de adoptarse, por lo tanto, una perspectiva que tenga en cuenta la interdependencia entre ambos sujetos. Es en este sentido que se trata de comprobar que haya, en realidad, "víctima" y "autor". Por ello, el término "víctima" se utiliza en el presente contexto en el discurso dogmático en muchas ocasiones en un sentido impropio —sencillamente, por razones de comodidad y economía—, como "persona lesionada", al igual que el término "autor" se usa en el sentido de "persona que ha intervenido en la lesión". Pues la determinación de que se trata en realidad de una "víctima", y, correlativamente, de un "autor", no es una mera constatación fáctica, sino un proceso de valoración que requiere un análisis previo que tenga en cuenta la interdependencia existente entre las conductas de víctima y autor.

Realizando una primera ordenación del material de casos, puede decirse que en los últimos tiempos han atraído la atención de la doctrina jurídico-penal en este contexto sobre todo dos grupos de casos. *Por un lado*, supuestos en los que en la génesis del riesgo que acaba lesionando a la víctima han intervenido tanto la víctima como el autor. A este respecto, se han planteado, por ejemplo, los casos en los que se hace entrega a alguien de una determinada cosa o sustancia —por ejemplo, de un medicamento, de una máquina o de una sustancia estupefaciente—, y el receptor resulta lesionado al hacer uso del objeto o consumir la sustancia. También han despertado mucho interés los supuestos en los que se produce un contagio de una persona a otra de una enfermedad mortal —en particular, del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida— o las numerosas constelaciones de casos en las que en el tráfico rodado quien resulta lesionado por una colisión se ha

comportado de alguna manera de modo descuidado. *Por otro lado*, se han debatido numerosos supuestos en los que la conducta descuidada de la víctima se produce después de un comportamiento del autor que lesiona o pone en peligro los bienes de ésta. Así, por ejemplo, en los casos en los que una víctima lesionada por un ataque doloso del autor descuida sus heridas o se niega a recibir tratamiento médico.[15]

7. Tras un examen algo más detenido de las contribuciones más recientes a la discusión, pronto se alcanza la impresión de que lo que puede parecer una problemática lo suficientemente asentada como para ser objeto de un debate ya clarificado al menos en cuanto a sus aspectos básicos, en realidad oculta bajo esa apariencia una situación bastante distinta: la intensa discusión iniciada —como antes se ha dicho, sobre todo en la doctrina alemana—, sorprendentemente, no ha conducido a que se fijen siquiera las bases del debate. Por el contrario —como podrá observarse más adelante—, cabe constatar una enorme disparidad en las aproximaciones dogmáticas al problema, tanto en su ubicación sistemática, como en sus puntos de partida materiales, como, finalmente, también en los resultados alcanzados.

Una vez dibujado este elemental panorama, queda también predeterminada la estructura de las reflexiones que deben realizarse para abordar el problema de la conducta de la víctima. Dada la fragmentación de la discusión a la que acaba de hacerse referencia, en el ánalisis crítico de los modelos existentes en la doctrina se impone un método de estudio que —prescindiendo de un desarrollo en atención a criterios cronológicos o fijado sobre todo en la unidad de la exposición de cada punto de vista individual— tome como punto de referencia las ideas fundamentales que conviven en las distintas aproximaciones dogmáticas (*infra* II.). Sólo después de esta panorámica del estado de la cuestión puede acometerse el intento de una reconstrucción del régimen jurídico-penal de la intervención de la víctima (*infra* III.).

15 Cfr. referencias sobre supuestos enjuiciados ante tribunales españoles, alemanes, suizos y del círculo jurídico anglosajón en Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), sobre todo págs. 22 y sigs., 94 y sigs., 145 y sigs., 177 y sigs.

II. MODELOS DE SOLUCIÓN

Puede ahora pasarse a realizar un análisis crítico de las aproximaciones dogmáticas existentes. Lo primero que hay que decir respecto de éstas es que en lo que se refiere a la dogmática jurídico-penal, la extendida imagen de que en fechas relativamente recientes se habría producido un "redescubrimiento de la víctima" no se ajusta a la realidad. Lo que sí se puede constatar, en cambio, es que la atención al comportamiento de la víctima se ha venido produciendo hasta cierto punto de modo "encubierto", o, valga la expresión, emboscado en instituciones dogmáticas no configuradas específicamente para el problema. Como segunda cuestión común a las distintas aproximaciones puede observarse que existe una fragmentación notable en el debate. La discusión se produce en gran medida bajo distintos "rótulos dogmáticos", sin tener en cuenta a veces los argumentos y problemas materiales idénticos planteados desde otras perspectivas.[16] En este sentido, puede decirse que esta dispersión en el tratamiento dogmático ha conducido a que el debate doctrinal sobre la intervención de la víctima sea en alto grado desordenado y confuso.[17] Por ello, en el análisis de las distintas aproximaciones dogmá-

16 Puede servir de ejemplo de lo dicho el hecho de que uno de los estudios más destacados publicados últimamente sobre la incidencia de la conducta de la víctima en la valoración jurídico-penal del hecho, la monografía de WALTHER (*Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung* [n. 8]), de la que se ha dicho que contiene "...el tratamiento monográfico probablemente más exhaustivo de este ámbito hasta el momento" en la dogmática alemana (ZACZYK, *Selbstverantwortung* [n. 8], pág. 55, n. 189; *Idem*; GA 1993, pág. 242) no dedique prácticamente ninguna atención a las concepciones "victimodogmáticas", a pesar de que éstas han ocupado un espacio muy amplio en la discusión reciente, y ello sobre todo en Alemania.

17 También resaltan la confusión y falta de claridad que impera en la discusión doctrinal sobre la cuestión, por ejemplo, SCHÜNEMANN, JA 1975, pág. 716; DACH, *Zur Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten*, Mannheim, 1979, pág. 7; R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB*, Berlin, 1981, págs. 83 y sig.; DÖLLING, GA 1984, pág. 73; FIEDLER, *Fremdgefährdung* (n. 8), págs. 113 y sig.; DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em Direito penal (contributo para a fundamentaçâo de um paradigma dualista)*, Coimbra, 1991, pág. 284; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), pág. 28.

ticas, el centro de atención ha de estar sobre todo en la perspectiva material subyacente a las distintas aportaciones, dejando en un segundo plano las cuestiones relativas a la ubicación sistemática. En este sentido, las ideas rectoras que se encuentran en las distintas aproximaciones a la cuestión pueden ordenarse en varios grupos en función de los modelos de solución fundamentales —paradigmas— que están en la base de las diversas construcciones dogmáticas.

A) Tratamiento encubierto de la conducta de la víctima

a) En un primer grupo cabe reunir aquellos puntos de partida que se mantuvieron sobre todo en una primera fase histórica. Por un lado, se trata de determinadas reformulaciones operadas en el marco de la teoría de la causalidad, mediante las cuales con ayuda de las teorías individualizadoras de la causalidad o de la "interrupción del nexo causal" se pretende tener en cuenta la conducta de la víctima.[18] Dentro de estas soluciones, ha de destacarse la doctrina del Tribunal Supremo español de la "concurrencia de culpas", y determinadas formulaciones jurisprudenciales de los tribunales en el ámbito anglosajón en torno a la llamada "*contributory negligence*".[19] Estas construcciones jurisprudenciales pretenden introducir la conducta de la víctima en el análisis causal para determinar cuál ha sido la influencia de ésta en el suceso. Dependiendo de esa valoración, la con-

18 Vid. en la doctrina más antigua sólo v. Bar, *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, insbesondere im Strafrechte*, 1871, págs. 54 y sig., n. 2; Ortmann, GA 23 (1875), págs. 271 y sig.

19 Que ambas —probablemente, sobre la base de fundamentos en el Derecho Común— se ubican a pesar de su denominación en el ámbito de la causalidad; vid. respecto de la jurisprudencia española sólo *Torío López*, LH Fernández Albor (n. 6), págs. 709 y sigs.; Joshi Jubert, ADPCP 1989, págs. 731 y sigs.; Serrano Maíllo, *La compensación en Derecho Penal*, Madrid, 1996, págs. 82 y sigs., 92 y sigs. y respecto de la *praxis* en el ámbito anglosajón sólo Smith/Hogan, *Criminal Law*, 7a. ed., London, 1992, págs. 333 y sig.; Williams, CrimLR 1957, págs. 510 y sigs. (Inglaterra) y Tressler, *Understandig Criminal Law*, 2a. ed., New York, 1995, págs. 172 y sig.; McCardell, 62 Temp. L. Rev. (1989), págs. 784 y sigs. (EE.UU.). Cfr. también la exposición en Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), págs. 110 y sigs.

ducta de la víctima podrá disminuir la responsabilidad del autor o incluso excluirla por completo. Para esta doctrina, lo decisivo será determinar, por ejemplo, en el caso del peatón que cruza la calzada de modo descuidado y es arrollado por un vehículo que circula a velocidad excesiva, cuál de las dos aportaciones causales —la del peatón o la del conductor— ha sido más "intensa" o incluso "preponderante". Por otro lado, se pueden incluir aquí también algunas soluciones propuestas dentro de la dogmática del delito imprudente, especialmente en lo que se refiere a la previsibilidad del daño en el lado del autor.[20] Desde este punto de vista, lo decisivo es si el resultado en cuya génesis de algún modo ha intervenido la víctima aún sigue siendo "previsible" para el autor.

b) A pesar de que estas soluciones se presentaron con especial frecuencia en una primera fase de desarrollo dogmático del problema, la razón de su ubicación conjunta no está en la adscripción a una determinada etapa de evolución histórica, sino que esta razón se encuentra en su limitado nivel de especificidad respecto del problema tratado. En este sentido, a la hora de determinar cuál es el paradigma fundamental de estas aproximaciones, se puede decir que éste consiste en ofrecer un marco sistemático en el que puedan desarrollarse con cierta libertad las opciones de equidad del juzgador u otros criterios materiales. Esto es evidente cuando las "intensidades causales" son "ponderadas" de distinta forma dependiendo del caso, o cuando sucesos evidentemente previsibles se califican de fortuitos.[21] En cierto modo, el criterio fundamental consiste precisamente en no establecer tal criterio, sino crear un marco dogmático para la introducción de criterios materiales de modo encubierto. Queda claro, entonces —y ello al margen de otras críticas que han de plantearse a estos modelos en el plano de la construcción dogmática—, que no son aproximaciones de ésta índole con las que debe contentarse un desarrollo dogmático consistente.

20 Cfr. la exposición en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), págs. 129 y sigs.

21 Pues existe consenso acerca de que la determinación de la causalidad es una cuestión de verificación fáctica, no de valoración; vid. en detalle CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), págs. 94 y sigs.

B) Consentimiento

a) En un segundo grupo cabe concentrar la perspectiva material que (aunque con muy diversas matizaciones) cabe estimar aún hoy mayoritaria: las soluciones que intentan aplicar determinados parámetros derivados de la institución del consentimiento.[22] Aunque ello no suele señalarse en la doctrina, esta perspectiva se encuentra no sólo entre quienes afirman abiertamente que el consentimiento debe ser el modelo de solución —y ello en distintas variantes—, sino que se halla también presente en el fondo de otras muchas construcciones dogmáticas que incorporan en sus

22 Cfr. a favor de ubicar la cuestión en el ámbito de la causa de justificación "consentimiento", por ejemplo, Rudolphi, en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. Allgemeiner Teil* (§§ 1 a 37) (= *SK*), 6a. ed., Neuwied etc., 1995, No. 81a previo al § 1; *SK*-Samson, Anexo al § 16, No. 33 (aunque proponiendo ambos autores en algunos casos la aplicación de la construcción de la "participación [impune] en una autopuesta en peligro", reservándose el consentimiento justificante a la "heteropuesta en peligro" [cfr. *infra* en el texto II. 3.]); *S/S*24-Lenckner, No. 103 y sigs. previos a los §§ 32 y sigs. (cfr. también No. 102, en relación con supuestos en los que el consentimiento conduce a la existencia de un "riesgo permitido" justificante); *S/S*24-Eser, § 222 No. 3 (ambos igualmente combinando, además, el consentimiento con la diferenciación acabada de mencionar, cfr. op. cit. No. 107 previo a los §§ 32 y sigs.); Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 10a. ed., Bielefeld, 1995, 14/74, 17/101, 22/53; Cerezo Mir, en: *Estudios Penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pág. 234; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5a. ed., Berlin, 1996 (= *AT5*), § 34 II. 3., § 56 II. 3.; Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1994, 17/82 y sigs. (también en combinación con la "autopuesta en peligro", que en su opinión excluye la tipicidad); Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3a. ed., Köln etc., 1981, (= *AT I3*) No. 1116. En la doctrina italiana, cfr. Riz, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979, págs. 234 y sigs.; Salazar, Cass.Pen. 1983, págs. 282 y sigs.; Licitra, Cass.Pen. 1985, págs. 504, 507, 514. Respecto de la situación en Inglaterra —partiendo, como es sabido, de una aproximación sistemática muy distinta a la de los ordenamientos continentales, considerando el consentimiento como elemento procesal (*defence*)—, cfr. recientemente, en el marco de los esfuerzos de codificación en Inglaterra y País de Gales, Ormerod/Gunn, CrimLR 1996, págs. 704 y sigs., con referencia a las actividades arriesgadas, págs. 695, 704 y sig.

respectivas definiciones algún tipo de rudimento de consentimiento.[23] El paradigma fundamental es aquí, evidentemente, la idea de que lo decisivo es lo que haya asumido conscientemente la víctima, hasta dónde llegue su consentimiento. Desde esta perspectiva, por ejemplo, en el supuesto de quien permite que un conductor ebrio lo transporte en su vehículo, lo decisivo será determinar si el pasajero conocía la ebriedad del conductor y la posibilidad de, por ejemplo, un resultado de muerte, y si además, aceptó tal riesgo.

b) Esta aproximación no puede resultar satisfactoria. La aplicación del consentimiento clásico fuera de los supuestos de lesión, en el ámbito de la puesta en peligro, fracasa entre la Escila de la práctica imposibilidad de dar validez al consentimiento[24] y la Caribdis de una desnaturalización de la institución.[25] Esta objeción, sin embargo, no es más que el síntoma

23 Cfr. la exposición en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), págs. 145 y sigs.

24 Cfr. sólo HIRSCH, en: *StGB. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11a. ed., Berlin-New York, 1994, (= *LK*11), No. 107 previo al § 32; ROXIN, *AT I3*, 11/105; OTTO, Jura 1984, pág. 539; GEPPERT, Jura 1987, S. 672; DONATSCH, ZStrR 105 (1988), pág. 372; DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo* (n. 15), pág. 269; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), pág. 86 con n. 256.

25 En este sentido, dicen que la aplicación del consentimiento a este ámbito lleva a una mera "ficción" de consentimiento, por ejemplo, y entre otros muchos, ZIELINSKI, Comentario a los §§ 15, 16, en: HASSEMER *et al.* (redacción a cargo de SEELMANN), *Kommentar zum Strafgesetzbuch. Reihe Alternativkommentare*, tomo 1, §§ 1 a 21, Neuwied, 1990, No. 127; PUPPE, Comentario previo a los §§ 13 y sigs., en: NEUMANN/JUNG (ed.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1a. ed., Baden-Baden, 1995 (= *NK*), No. 176 previo a los §§ 13 y sigs.; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch*, 8a. ed., Heidelberg, 1992, 17/20; MITTERMAIER, JW 1925, pág. 2251; EB. SCHMIDT, JZ 1954, pág. 372; HILLENKAMP, JuS 1977, pág. 171; DACH, *Einwilligung* (n. 15), págs. 15 y sig.; LICITRA, Cass.Pen. 1985, pág. 504, 507; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente* (n. 40), pág. 316; FIEDLER, *Fremdgefährdung* (n. 8), págs. 71 y sig.; PAREDES CASTAÑÓN, ADPCP 1990, págs. 646 y sig.; DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo* (n. 15), pág. 296; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit* (n. 8), págs. 37 y sig.; ZACZYK, *Selbstverantwortung* (n. 8), págs. 49 y sig., 51.

—y esto afecta a todas las construcciones que incorporan algún tipo de rudimento de consentimiento o de consentimiento atenuado a su concepción como elemento fundamentador— de que el diagnóstico psíquico no puede ser el elemento decisivo: este punto de partida sólo describe un sector parcial del espectro de las consecuencias del comportamiento del sujeto lesionado en la imputación jurídico-penal. Por el contrario, hay que partir de que se trata de imputar también al sujeto lesionado en cuanto sujeto que participa en la interacción generadora del daño en sus bienes. La imputación jurídico-penal, sin embargo, no se produce exclusivamente desde su perspectiva (consciente). Por el contrario, con el análisis jurídico-penal ha de llegarse, en última instancia, a una determinación del ámbito de responsabilidad del autor, y éste no puede depender sencillamente de lo que la víctima sepa o no sepa, desee o no desee fácticamente. Dicho de modo sintético, quien ingiere gran cantidad de vino peleón que otro le ofrece, no puede exigir que su anfitrión responda de sus dolores de cabeza, con independencia de que conociera o quisiera aceptar el riesgo de sufrirlos. Incluso puede haber casos en los que ni siquiera concurre voluntad de participar en el contacto social, en los que el sujeto que resultará dañado entra en él por actos concluyentes, y a pesar de estar "en blanco" su representación, debe atribuirse a sí mismo el daño. Por lo tanto, si por principio se fija una determinada medida de conocimientos o de aceptación de la víctima como base de valoración —y con ello, se establece una perspectiva unilateral—, se está cortando el camino hacia una determinación correcta de los ámbitos de responsabilidad interdependientes de víctima y autor.[26]

C) Auto- y heteropuesta en peligro

a) Un tercer grupo viene constituido por la aproximación que ha sido desarrollada con mayor énfasis en los últimos tiempos, especialmente en la doctrina alemana, y sobre todo por Roxin:[27] se trata de las posturas que

26 Vid. también *infra* III. 2. c).

27 Fundamentalmente en su trabajo en: Lackner *et al.* (ed.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1973, págs. 241 a 259, 243 y sigs. Su discípulo

parten como base de la solución de la diferenciación entre "participación en una autopuesta en peligro" —en principio, impune—, y "heteropuesta en peligro" —en principio, punible—. Esta diferenciación se ha convertido en una de las aproximaciones dogmáticas más frecuentes en la discusión, sobre todo en Alemania,[28] pero también en otros países.[29] Desde

---

RUDOLPHI había planteado en un contexto similar la idea de la distinción entre auto- y heteropuesta en peligro algunos años antes (JuS 1969, págs. 556 y sig., vid. ahora IDEM, *SK*, No. 79 y sigs. previos al § 1); sin embargo, ha sido la construcción formulada ROXIN la que ha dominado la discusión posterior, probablemente, en primer lugar, porque se enmarca en una doctrina general de la imputación objetiva, y, en segundo lugar, porque ROXIN ha seguido desarrollando la diferenciación en numerosos trabajos posteriores. En todo caso, lo cierto es que el trabajo de ROXIN en FS Gallas —como se observará a continuación en la exposición en el texto— ha resultado "fundamental" (así JAKOBS, "La organización de autolesión y heterolesión", en: *Idem*, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, pág. 411, n. 22) para el objeto de estudio del presente trabajo.

28 Debe señalarse que la concepción desarrollada por ROXIN se utiliza con mucha frecuencia fuera del contexto sistemático de la construcción de la teoría de la imputación objetiva. Incluso puede decirse que la idea de la autopuesta en peligro (impune) aparece con cierta frecuencia fuera de *todo* marco sistemático, como mero eslógan; en este sentido tiene razón W. FRISCH (NStZ 1992, pág. 67) al hablar de un empleo "desenfrenado y ecléctico". En la jurisprudencia alemana, como se ha dicho, la distinción se ha incorporado ya de modo habitual a la doctrina del Tribunal Supremo Federal alemán a partir de la sentencia en el antes citado caso de la jeringuilla BGHSt 32, págs. 262 y sigs.; últimamente se ha señalado expresamente que sigue manteniéndose esta doctrina, por ejemplo, en BGHSt 39, 322 y sigs., 326 o OLG Zweibrücken, JR 1994, págs. 519 y sig. Puede decirse que la opinión mayoritaria se ha sumado a ROXIN al menos en el manejo de la diferenciación (así lo afirma, por ejemplo, *S/S*24-LENCKNER, No. 107 previo a los §§ 32 y sigs.). En sus aportaciones posteriores a la incluida en FS Gallas [n. 25], sigue manteniendo su postura ROXIN (cfr. sólo *AT I3*, 11/106 y sigs.; *Idem*; NStZ 1985, pág. 320). En la restante bibliografía, cabe mencionar entre los partidarios de la diferenciación, en diversas combinaciones y marcos sistemáticos, por ejemplo, a *LK*10-JÄHNKE, § 222 No. 21; *LK*11-SCHROEDER, § 16 No. 177 y sigs., 181; *SK*-HORN, § 212 No. 21a; *SK*-RUDOLPHI, No. 79 y sigs., 81a previos al § 1; *Idem*; JZ 1991, págs. 572 y sigs.; *S/S*24-ESER, § 216 No. 11a, § 222 No. 3; *S/S*24-LENCKNER, No. 107 previo a los §§ 32 y sigs.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*5, § 28 IV. 4., § 54. IV. 3.; MAURACH/ZIPF, *AT 1*8, 17/48; KÜHL, *AT*, 4/87 y sigs., 17/82; SCHÜNEMANN, JA 1975, pág. 721;

esta perspectiva, constituye un caso de participación en una autopuesta en peligro la conducta de quien realiza con otro una competición irregular de motocicletas. Es una conducta de heteropuesta en peligro, sin embargo, la de quien lleva a un pasajero en el asiento trasero con ocasión de

Idem; NStZ 1982, págs. 60 y sig.; Hirsch, JR 1979, pág. 430; Loos, JR 1982, págs. 342 y sig.; Dölling, GA 1984, págs. 71 y sigs., 77; *Idem*; JR 1994, pág. 520; Horn, JR 1984, págs. 513 y sig., también comparte las conclusiones, aunque se muestra muy crítico con el concepto de "autopuesta en peligro", que en su opinión no es más que un circunloquio poco afortunado para "autolesión imprudente"; Kienapfel, JZ 1984, pág. 752; Seier, JA 1984, pág. 533; Stree, JuS 1985, págs. 179 y sigs., 183; Weigend, ZStW 98 (1986), pág. 71; Prittwitz, NJW 1988, págs. 2942 y sig.; *Idem*; JA 1988, págs. 431 y sigs.; también desarrollan sus respectivas concepciones sobre la base de este planteamiento Fiedler, *Fremdgefährdung* (n. 8), págs. 5 y sig., 94 y sigs. y *passim*, y Walther, *Eigenverantwortlichkeit* (n. 8), págs. 2 y sigs., 128 y sig. y *passim*; cfr. también posteriormente Beulke/Schröder, NStZ 1991, págs. 393 y sigs.; Wolter, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (ed.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin*, Heidelberg, 1995, pág. 6. Ya anteriormente en este sentido, Gallas, JZ 1960, pág. 690 y sobre todo, como se ha dicho, Rudolphi, JuS 1969, págs. 556 y sig.

29 Aceptan la diferenciación en España, por ejemplo, Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 3a. ed., Madrid, 1994, págs. 247 y sig.; Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, 4a. ed., Barcelona, 1996 (= *PG*4), 19/28; *Idem*; ADPCP 1991, págs. 262 y sigs.; cfr. también; Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 2a. ed., Valencia, 1991, pág. 36; de modo destacado en la bibliografía española Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, págs. 316 y sigs., 540, 550 y sigs., especialmente pág. 551; Portilla Contreras, CPC 1991, págs. 695, 698, especialmente 703 y sig., y *passim*. Respecto de la doctrina austriaca, cfr. sólo Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Wien, 1974, págs. 112 y sigs. con n. 93; *Idem*; Comentario al § 80, en: Foregger/Nowakowski (ed.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien, 1981, § 80 No. 38, 69 y sigs. En la doctrina italiana, se ha sumado expresamente a la diferenciación establecida por Roxin Castaldo, *L'imputazione oggetiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, pág. 210, n. 63, págs. 210 y sigs., 220 y sigs. En Portugal, parte también de la concepción de Roxin el análisis desarrollado por Da Costa Andrade, *Consentimento e acordo* (n. 15), págs. 271 y sigs.

tal competición.[30] El paradigma subyacente a esta aproximación consiste, por lo tanto, en atribuir una relevancia decisiva a cómo se reparta la ejecución de la actividad arriesgada entre víctima y autor. Para justificar esta aproximación, se ha acudido en lo esencial a dos vías de fundamentación. Por un lado, se ha sostenido en la doctrina alemana que si —por razón de la peculiar estructura del § 216 del Código Penal alemán, que no incrimina las conductas de mero auxilio al suicidio— es impune la producción de una auto*lesión*, ha de serlo también la producción de una auto*puesta en peligro*. Por otro lado, se ha acudido al principio general de accesoriedad de la participación: pues se sostiene que si la autopuesta en peligro es sin duda un comportamiento atípico, y no existe norma especial (paralela al art. 143 del Código Penal español, que en el ordenamiento español incrimina modalidades de intervención en un suicidio ajeno) que incrimine la conducta de "participar" en esta autopuesta en peligro, tal participación debería ser impune.

b) En la valoración de este modelo llaman desde un principio la atención las enormes dificultades que aparecen cuando se intenta trasladar la delimitación a la fenomenología.[31] Piénsese sólo, por ejemplo, lo difícil que resulta distinguir entre conductas de heteropuesta y de autopuesta en peligro en el ámbito del contagio de una enfermedad peligrosa por vía sexual.[32] Pero no son decisivas estas dificultades —serias— de deli-

30 Cfr., respectivamente, Sentencia del Tribunal Supremo español 25.9.1986 (Jurisprudencia Penal No. 1149); BGHSt 7, págs. 112 y sigs. y Sentencia del Tribunal Supremo 23.12.1963 (Jurisprudencia Criminal No. 1542); y respecto de la clasificación sólo ROXIN, FS Gallas (n. 25), pág. 250.

31 Cfr. sólo *LK*11-SCHROEDER, § 16 No. 183; *S/S*24-LENCKNER, No. 107 previo a los §§ 32 y sigs.; SCHÜNEMANN, JA 1975, págs. 722 y sig.; DACH, *Einwilligung* (n. 15), pág. 22; *Idem*; NStZ 1985, pág. 25; de modo especialmente incisivo, OTTO, Jura 1984, págs. 536 y sigs.; BEULKE/MAYER, JuS 1987, pág. 127; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pág. 171; MIR PUIG, ADPCP 1991, pág. 264.

32 De hecho, precisamente en este ámbito la doctrina que maneja la diferenciación ofrece una imagen poco halagüeña para la claridad de la distinción: existen tanto partidarios de considerar en principio estos supuestos como casos de participación en una autopuesta en peligro (cfr., por ejemplo, *S/S*24-LENCKNER, No. 107 previo a los §§ 32

mitación fenomenológica; no son más que indicios del hecho de que la diferenciación carece, en última instancia, de una justificación material convincente.[33] En efecto, no tiene sentido distinguir en este ámbito entre autoría y participación. Y no porque deba ponerse en duda la viabilidad de un concepto restrictivo de autor en los casos —frecuentes en el presente ámbito— en los que no exista dolo respecto del resultado.[34] Por el contrario, esta cuestión general puede aquí quedar abierta. La razón de la inadecuación de esta solución está en que el titular del bien jurídico que resulta lesionado ocupa una posición especial: la adscripción de un ámbito de autoorganización al titular de un bien jurídico y las características de la intervención de terceros en ese ámbito no pueden seguir el mismo régimen que la distribución de responsabilidades entre autores y partícipes que cometen conjuntamente una infracción frente a un tercero. Ello debe ser así en atención a la especial cualidad de uno de los intervinientes de ser el titular del bien jurídico puesto en riesgo. Tiene que ser otra vía la que permita introducir la relevancia de la conducta de la víctima en el sistema de imputación: si la concepción sistemática es correcta, la decisión acerca de la tipicidad o atipicidad de la conducta del autor

y sigs.; Eberbach, JR 1986, págs. 231 y sig.; Herzog/Nestler-Tremel, StV 1987, págs. 366 y sigs., 370; Prittwitz, NJW 1988, págs. 2942 y sig.; probablemente también Rottleuthner, KJ 1989, pág. 264; Kunz, ZStrR 107 [1990], pág. 53; Dölling, JR 1990, pág. 475; Solbach, JA 1990, pág. 32; en sentido muy similar también Hugger, JuS 1990, págs. 976 y sig.; también Walther, *Eigenverantwortlichkeit* [n. 8], pág. 240; en este sentido también se pronunció el Tribunal Supremo del Estado Federado de Baviera, NJW 1990, pág. 131) como defensores de la tesis de que se trata de heteropuestas en peligro (cfr., por ejemplo, el propio Roxin, *AT I3*, 11/101; Geppert, Jura 1987, págs. 671 y sig.; Helgerth, NStZ 1988, pág. 262; Mayer, JuS 1990, pág. 787).

33 Vid. también las consideraciones críticas de Otto, JuS 1974, pág. 710; W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), págs. 87 y sigs., 149 y sig., 169 y sigs., 182.

34 En contra de los defensores de la diferenciación *NK*-Puppe, No. 166 previo a los §§ 13 ff.; Dach, NStZ 1985, S. 25; Donatsch, ZStrR 105 (1988), págs. 375 y sig., han argumentado que con ella se suspendería la validez del concepto unitario de autor en los delitos imprudentes para el sector de la conducta de la víctima, mientras que, por ejemplo, Walther, *Eigenverantwortlichkeit* (n. 8), págs. 117 y sigs. se distancia expresamente del concepto unitario de autor para fundamentar su concepción.

debe poder fundamentarse tanto desde la perspectiva de la actuación de la víctima como desde la del autor. Y de hecho, esto lo tienen en cuenta implícitamente la mayoría de los defensores de la distinción: pues hay, desde una perspectiva intrasistemática, tanto casos de "participación en una autopuesta en peligro" que dan lugar a la calificación de la conducta del autor como típica, como supuestos en los que una "heteropuesta en peligro" se considera atípica, por poder *equipararse*, conforme a este punto de vista, a la "participación en una autopuesta en peligro".[35] Sin embargo, entonces —pues toda la clasificación se ve puesta en duda a través de ese mecanismo de "equiparación"— la diferenciación se convierte en un mero *topos*. En suma: la clasificación del suceso como "auto-" o "heteropuesta en peligro" no debe prejuzgar la solución material.[36]

D) **Merecimiento de protección ("victimodogmática")**

a) En un cuarto grupo pueden situarse aquellas posturas que, sobre todo bajo el rótulo de "victimodogmática", han introducido últimamente la idea del "merecimiento de protección" en la discusión, especialmente mediante el establecimiento del así llamado "principio victimológico" como criterio de exención de responsabilidad respecto del autor. Desde el punto de vista metodológico, este principio se configura como máxima de interpretación teleológica de los tipos penales.[37] En cuanto a su contenido material, en palabras de SCHÜNEMANN, quien puede ser considerado su principal impulsor, éste consiste (como denominador mínimo común) en la tesis de que "la imposición de la pena como *ultima*

35 Cfr. sólo ROXIN, FS Gallas (n. 25), pág. 252; *Idem*; NStZ 1984, pág. 412; *Idem*; *AT I3*, 11/100.

36 Cfr. detalladamente CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), págs. 188 y sigs.

37 SCHÜNEMANN, NStZ 1986, págs. 439, 442; SILVA SÁNCHEZ, "¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la *victimodogmática*", en: DE LA CUESTA *et al.* (comp.), *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia-San Sebastián, 1989.

ratio del Estado no es apropiada en aquellos casos en los que la víctima no merece protección y no necesita de protección", de modo que han de "eliminarse del ámbito de lo punible ...todas aquellas formas de comportamiento... frente a las cuales la víctima puede protegerse a sí misma de modo sencillo y exigible sin más".[38] La fundamentación de este principio se obtiene de modo deductivo[39] sobre la base de determinadas consideraciones relativas a la misión del Derecho Penal: partiendo de que sólo es admisible la intervención penal en defensa de bienes merecedores de protección, las conductas tipificadas son merecedoras de pena. Y, de nuevo según Schünemann, de igual modo que sólo la consideración de la víctima en el plano empírico conduce a una criminología completa, "...también desde la perspectiva *normativa* resulta evidente que el merecimiento y la necesidad de pena del autor hallan correspondencia en el merecimiento y en la necesidad de protección de la víctima...".[40] Entonces, si el Derecho Penal debe ser el medio adecuado para la protección de los bienes, especialmente, no debe producir consecuencias desproporcionadas,[41] sólo pueden ser objeto de sanción aquellas conductas del autor que afecten a una víctima "merecedora de protección".

b) Después de un análisis algo más detenido de estas aportaciones ha de llegarse a la conclusión de que su paradigma se halla sencillamente en deducir de las posibilidades fácticas de autoprotección de la víctima la necesidad de que sea ella la que responda del suceso lesivo, lo que sig-

38 NStZ 1986, pág. 439.

39 Así Schünemann, en: Schneider (ed.), *Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege*, 1982, pág. 410; de este modo califican el mecanismo de deducción también Silva Sánchez, en: Consejo General del Poder Judicial (ed.), *La Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, pág. 26; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), pág. 110.

40 En: Zeidler *et al.* (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Faller*, München, 1984, pág. 362 (cursiva en el original).

41 Schünemann, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer* (n. 37), pág. 410; idem, NStZ 1986, págs. 195, 439; en sentido similar, R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit* (n. 15), págs. 22 y sigs.

nifica que el autor queda exento de responsabilidad jurídico-penal. Y este intento de desarrollar una "perspectiva victimológica" en la dogmática jurídico-penal tropieza con serios inconvenientes. Por un lado, se ha argumentado en contra de esta concepción que abriría las puertas a una inversión del sistema penal, a un *blaming the victim*. Esta consideración, sin embargo, sólo expresa las consecuencias de las deficiencias metodológicas de esta aproximación. A modo de síntesis[42] de éstas puede decirse que la "inspiración" victimológica, sin una adecuada fundamentación material-normativa y sin inscribirse en el sistema de la dogmática jurídico-penal de modo sólido, no pasa de ser una etiqueta atractiva. La mera invocación de la perspectiva "victimo-dogmática" no puede llevar a la resolución del problema de la influencia del comportamiento de la víctima en el sistema de imputación penal. Sin duda alguna, la "victimodogmática" ha revitalizado el debate, y, especialmente, ha llamada la atención sobre las implicaciones político-criminales de la cuestión. Pero con estos elementos positivos, que se resumen en su propia denominación de "victimo"-dogmática, es decir, en su carácter de una construcción específicamente destinada a abordar la problemática de la víctima, aparece ya su debilidad decisiva: la carencia del anclaje en una concepción dogmática general, que no puede obtenerse para un problema aislado, de modo independiente de la estructura ya existente de la teoría del delito. En este sentido, puede decirse que ya existía "victimodogmática" en el sistema de la teoría del delito —en distintos instrumentos dogmáticos— antes de que se inventara la denominación. Dicho de otro modo: no es necesario crear una especial victimodogmática; es la dogmática sin más la que debe ser capaz de resolver el problema[43]. Y aunque la cuestión de la denominación sea, claro está, de menor importancia, es esta reflexión la que desaconseja también el uso del término "victimodogmática".

---

42 Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), págs. 235 y sigs.

43 ARZT, MSchrKrim 67 (1984), págs. 113 y sig.

III. La víctima en el sistema de imputación penal

Una vez finalizado el —necesariamente breve— análisis crítico de los modelos de solución existentes, puede emprenderse el intento de una reconstrucción del tratamiento dogmático. Para ello, es necesario dar varios pasos: en primer lugar, se trata de averiguar cuál debe ser el punto de arranque normativo para la construcción dogmática. Este punto de partida se encuentra en el principio de autorresponsabilidad (*infra* 1.). En segundo lugar, se trata de delinear el tratamiento dogmático de la conducta de la víctima, tratamiento que desde la perspectiva aquí adoptada debe ubicarse en el marco de la así llamada teoría de la imputación objetiva.

> Esta teoría, desarrollada principalmente en los últimos treinta años, y sobre todo en la doctrina alemana, se considera parte de la teoría de la tipicidad (que se refiere a su vez a las características generales de la descripción de la conducta incriminada por la ley penal, como paso previo a los niveles de la justificación y de la culpabilidad) y consiste en lo fundamental en que se estima que aparte de la adecuación a la descripción literal de la ley penal, una conducta, con carácter general, para adecuarse a esa descripción, debe crear un riesgo jurídicamente relevante (primer nivel o imputación objetiva del comportamiento) y, en que, en los delitos de resultado, el resultado producido debe poder reconducirse a ese riesgo jurídicamente relevante (segundo nivel, imputación objetiva del resultado).[44] Esta teoría ha sido asumida mayoritariamente en las doctrinas científicas de los países de habla alemana, en España y Portugal, y cuenta con creciente aceptación en América latina; por otra parte, los Tribunales Supremos alemán y español empiezan a aplicarla.

En este tratamiento dogmático hay que diferenciar distintos niveles de análisis: Por un lado, la conducta de la víctima requiere de un tratamiento específico —dentro del primer nivel de la teoría de la imputación objetiva— en aquel sector de casos en el que es necesario adscribir el suceso por com-

44 Vid. sólo Roxin, *AT* I³, 11/39 y sigs.

pleto al ámbito de responsabilidad de la víctima. Cabe denominar la institución dogmática que refleja esa necesidad "imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima" o, en breve, "imputación a la víctima". Aquí se propone una definición, que es precisada a continuación (*infra* 2.). Por otro lado, la conducta de la víctima también puede adquirir relevancia, de un modo menos específico, en otras instituciones generales de la teoría de la imputación objetiva, tanto en el plano de la tipicidad de la conducta o imputación del comportamiento como en el plano de la imputación del resultado. Acerca de este segundo ámbito sigue un breve esquema (*infra* 3.).

A) El principio de autorresponsabilidad de la víctima

a) Entre los extremos metodológicos de una pura deducción de un "principio de autorresponsabilidad" de premisas axiológicas prejurídicas[45] y una determinación puramente funcional de tal principio dentro del sistema de imputación jurídico-penal[46] existe también la vía intermedia —adoptada implícitamente por la mayoría de la doctrina que se ha ocupado de la cuestión—[47] de constatar las decisiones normativas del ordenamiento jurídico como punto de partida material de la reconstrucción dogmática.

---

45 Así especialmente ZACZYK, *Selbstverantwortung* (n. 8), págs. 19 y sigs., especialmente pág. 22, sobre la base del concepto de libertad de Kant.

46 Así las aproximaciones de W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), págs. 148 y sigs., especialmente págs. 157, 182 y sig. (autorresponsabilidad como función de su teoría de la conducta típica) o DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), págs. 138, 169 y sigs., 191 (autorresponsabilidad como función de la prevención general positiva en cuanto fin de la pena).

47 Cfr. desde una perspectiva más general sólo *S/S*24-LENCKNER, No. 100 y sigs. previos a los §§ 13 y sigs.; *S/S*24-CRAMER, § 15 No. 148 y sigs.; MIR PUIG, *PG*4, 19/10 y sigs.; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, págs. 1 y sigs., 6 y *passim*; de modo específico respecto de la conducta de la víctima vid. NEUMANN, JA 1987, pág. 247 y sigs.; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit* (n. 8), págs. 78 y sigs.; cfr. además CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), págs. 275 y sigs.

b) En este sentido, el contenido del art. 10.1 de la Constitución española —o de otras normas constitucionales similares—, que establece el "libre desarrollo de la personalidad" como fundamento de la organización social, no puede ser entendido fuera de un sistema en el que está consagrada implícitamente una noción del ciudadano como sujeto autónomo. Además de la genérica atribución de autonomía a cada sujeto, con el correlativo principio de responsabilidad personal que ésta conlleva, al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuírsele una posición especial. Puesto que el sacrificio por parte del propio titular de esos bienes no es reprimido por el Derecho Penal, y las intervenciones de terceros en actividades autolesivas es incriminada de modo excepcional por normas especiales, queda al albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes. Como correlato de esa libertad de organización arriesgada, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella. La especial relación que une al titular con sus bienes —más densa que la que puede existir respecto de los bienes de cualquier otro—[48] debe manifestarse —cuando junto al titular intervenga otro sujeto— en que nadie puede responder antes que el titular de los daños que se puedan generar. Lo contrario implicaría privar al titular de su libertad de organización, e imponer a los demás un deber de tutela[49] que, al no estar formulado de modo expreso, no existe. Como punto de partida previo a la construcción dogmática, por lo tanto, el principio de autorresponsabilidad[50] consiste en el reconocimiento de libertad de

48 Cfr. en este sentido Jakobs, "La organización de autolesión y heterolesión", en: *Idem*; *Estudios de Derecho Penal* (n. 25), pág. 402.

49 Así ya Exner, en: Hegler *et al.* (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, tomo I, Tübingen, 1930, págs. 590 y sig.; en la bibliografía actual, cfr. sólo W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pág. 157.

50 Ni la terminología ni los contenidos asignados a este principio son uniformes. Así, en la doctrina alemana se usan los términos "Selbstverantwortung" (autorresponsabilidad) (cfr., por ejemplo, *S/S*24-Lenckner, No. 70b previo a los §§ 13 y sigs.; *S/S*24-Cramer, § 15 No. 148 y sigs., especialmente 155 y sig.; Zaczyk, *Selbstverantwortung*

organización, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente[51] al titular de los bienes.

c) Parece claro que esta elemental determinación sintetizada en el "principio de autorresponsabilidad" no conduce de modo directo a las soluciones dogmáticas concretas. Pero, partiendo de que tal desarrollo dogmático no puede quedar predeterminado plenamente por un concepto previo de autorresponsabilidad, ¿cuáles son las *líneas fundamentales* que, sin

---

[n. 8], *passim*; también en la jurisprudencia, cfr. sólo BGHSt 32, págs. 262 y sigs.; BGH NStZ 1991, pág. 392), "Eigenverantwortlichkeit", "Eigenverantwortung" (propia responsabilidad, autorresponsabilidad) (cfr. sólo *AK*-ZIELINSKI, §§ 15, 16 No. 104; *S/S*24-LENCKNER, No. 101a previo a los §§ 13 y sigs.; *WK*-BURGSTALLER, § 80 No. 38, 69; JAKOBS *AT*2, 29/54; KÜHL, *AT*, 4/83 y sigs.; STRATENWERTH, *AT*3, No. 1116, 1162; R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit* [n. 15], págs. 34 y sigs.; ARZT, MSchrKrim 1984, págs. 112 y sigs.; KIENAPFEL, JZ 1984, pág. 752; NEUMANN, JA 1987, págs. 244 y sigs., 248 y sig.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* [n. 9], pág. 153; FIEDLER, *Fremdgefährdung* [n. 8], págs. 116 y sigs.; HOHMANN, MDR 1991, págs. 1117 y sig.; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit* [n. 8], *passim*; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* [n. 8], *passim*; en la jurisprudencia, cfr. sólo BGHSt 37, págs. 179 y sigs.); en el contexto de la discusión relativa al suicidio, también se habla de "Freiverantwortlichkeit" (libre responsabilidad) (por ejemplo, *S/S*24-ESER, No. 36 previo a los §§ 211 y sigs.; SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1987, págs. 457 y sigs.); en otras ocasiones, se ha hablado de "autodeterminación" (*Selbstbestimmung*) (así el TS respecto de la "heteropuesta en peligro" [Sentencia del Tribunal Supremo 17.7.1990 (RA 6728); finalmente, también se hace uso del término "autonomía" (así, por ejemplo, W. HASSEMER, JuS 1984, pág. 724). En España han hablado de un principio de "autonomía" en este contexto, por ejemplo, LARRAURI PIJOAN, ADPCP 1988, pág. 761; EADEM, EPCr XII (1989), págs. 240 y sig.; BUSTOS RAMÍREZ, EPCr XII (1989), pág. 127; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, págs. 355, 358; desde una perspectiva más general, vid. también BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguardia*, Barcelona, 1994, págs. 47 y sigs., mientras que, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, en: CGPJ (ed.), *La victimología* (n. 37), pág. 26, usa —como aquí se hace— el término "autorresponsabilidad".

51 Cfr. NEUMANN, JA 1987, págs. 247 y sig.; en el mismo sentido, PUPPE habla —si bien de modo limitado al delito imprudente— de una "competencia preferente del titular del bien jurídico" (*NK*, No. 175 previo a los §§ 13 y sigs.).

embargo, sí cabe extraer del binomio autonomía-responsabilidad, de la existencia de un "ámbito de responsabilidad preferente" de la víctima? *En primer lugar*, parece que la determinación de la atribución a la víctima del daño no es uno de los supuestos en los que es una causa —excepcional— de justificación la que permite la realización de lo que por regla general está prohibido, sino que tal determinación afecta de modo general precisamente a lo que "está prohibido" o no. Dicho de otro modo: se trata de un problema de tipicidad. *En segundo lugar*, sólo podrá servir de pauta la idea de autorresponsabilidad cuando el contexto normativo efectivamente esté orientado —como sucede por regla general— a garantizar la libertad frente a intromisiones en la esfera de la víctima.[52] Cuando, por el contrario, el contexto normativo del ámbito en cuestión prevea tales intromisiones, con una función tuitiva,[53] en la esfera de la víctima, es decir, no se reconozca autonomía —en cierta medida— de organización, la solución dogmática por definición no responderá a la idea de autorresponsabilidad. *En tercer lugar*, aunque ello parezca evidente, hay que señalar que sólo derivarán consecuencias jurídico-penales del principio de autorresponsabilidad para la conducta del autor cuando la actividad pueda ser efectivamente *atribuida* a la víctima. Cuando ello no sea el caso, pueden operar —como se observará a continuación— otras instituciones dogmáticas no específicas de la intervención de la víctima, cuyo funcionamiento, como es lógico, responde a otras bases distintas.

52 Dicho en la terminología de Jakobs, cuando las normas en cuestión pretenden garantizar la "separación de ámbitos de organización" (cfr. por ejemplo, *AT*2, 1/7, 28/14; le sigue Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* [n. 8], págs. 181, 192 y sigs.); en sentido similar, Baldó Lavilla (*Estado de necesidad y legítima defensa* [n. 40], págs. 55 y sig.): el sector de las prohibiciones o mandatos "orientados al desarrollo de la separación entre esferas organizativas autónomas".

53 Vid. sólo Baldó Lavilla (*Estado de necesidad y legítima defensa* [n. 40], págs. 57 y sig.): sectores normativos "orientados al desarrollo del principio de solidaridad entre esferas organizativas autónomas".

B) La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima

1. Definición

Esta institución opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico ("víctima") emprende conjuntamente con otro ("autor") una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que —en primer lugar— la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima —en segundo lugar— la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autorresponsable, y —finalmente, en tercer lugar— el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima.

2. Imputación no accesoria

La imputación de la actividad al ámbito de responsabilidad de la víctima no depende de la configuración fenomenológica de las aportaciones de ejecución material de víctima y autor *per se*. En este sentido, puede haber tanto supuestos de ejecución en manos del autor en los que en caso de daño éste se impute a la víctima, como supuestos en los que, a pesar de que es la víctima quien ejecuta directamente la actividad arriesgada, el hecho se presenta como conducta típica del autor.[54] Una vez definida la actividad conjunta de autor y víctima, el suceso debe ser imputado, en principio, al ámbito de responsabilidad de la víctima. La razón de ello está en que la esfera de autonomía de la víctima da lugar a una atribución preferente de los posibles daños a su propio ámbito de responsabilidad.[55] En atención a ese carácter preferente del

54 Vid. también *supra* II. 3. Sobre estos últimos supuestos, en los que a pesar de la intervención fenomenológicamente preponderante de la víctima (aún sin concurrir una situación normativa especial) el hecho es obra del autor, cfr. en detalle CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), págs. 347 y sigs.

55 Por otra parte, es precisamente esta responsabilidad preferente de la víctima la que impide acoger la solución defendida por HERZBERG (JA 1985, págs. 137, 272, 336 res-

ámbito de responsabilidad de la víctima, la atribución de los daños no puede seguir las mismas reglas que determinan, mediante la teoría de autoría y participación, cuál es el grado de responsabilidad que corresponde a los distintos intervinientes en un hecho consistente en la realización de una infracción que afecta a un tercero. Una vez constatada que es la interacción existente entre autor y víctima a la que hay que reconducir —en los términos que aún han de precisarse más adelante— la actividad arriesgada, la organización conjunta no puede ser fragmentada en aportaciones de mayor o menor rango en atención a su relevancia en la ejecución. La distribución de las distintas aportaciones materiales a la ejecución de la actividad arriesgada, como puede ser, por ejemplo, la decisión de quién entre dos sujetos que han decidido participar en una competición de motocicletas conduzca efectivamente el vehículo (si es quien no conduce quien resulta lesionado y se presenta *ex post* como "víctima"), no modifica en nada la calidad de todo el suceso de ser una actuación conjunta dentro del ámbito de autorresponsabilidad de la víctima.[56] Pues en este ámbito no se trata de comprobar —como sucede en la distinción entre autoría y participación— la mayor o menor "proximidad" —determinada del modo que sea dentro de la teoría de la

---

pecto de la intervención en un suicidio), opuesta a la aquí delineada. Pues Herzberg, partiendo también —aunque desde una perspectiva distinta a la aquí adoptada, vid. *supra* II. 3.— de una crítica de la distinción apriorística entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro, llega a la conclusión de que siempre que haya una configuración de la colaboración entre víctima y autor que daría lugar a coautoría (de tratarse de la comisión de una infracción penal), puede imputarse al autor en cuanto (cuasi-)coautor. En efecto, esta aproximación fija su punto de vista de modo unilateral en la aportación del autor y no ofrece constestación a la cuestión de por qué razón no se imputa todo lo sucedido a la cuasi-autoría de la víctima (cfr. en este sentido, por todos, la crítica de Otto, en: Jescheck/Vogler (ed.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 1989, pág. 160). Desde la perspectiva aquí adoptada, la existencia del ámbito de responsabilidad preferente de la víctima es la que justifica, precisamente, la imputación a la víctima.

56 Por ello, no hay razón alguna para limitar el ámbito de responsabilidad —como ha propuesto de modo explícito y especialmente exhaustivo Walther (cfr., por ejemplo, *Eigenverantwortlichkeit* [n. 8], págs. 80 y sig.)— a lo ejecutado de propia mano.

participación— de la conducta de distintos sujetos al comportamiento típico —acerca de cuya concurrencia, al menos respecto de uno de ellos, no hay duda—, sino de determinar si la conducta del "autor" puede ser típica. Si la interacción es reconducible al actuar imputable a la víctima, desde el punto de vista normativo el factor dominante es su conducta autorresponsable.

Desde esta perspectiva, no hay obstáculo alguno a afirmar la atipicidad —concurriendo, claro está, los demás requisitos de la "imputación a la víctima"— de la conducta del autor en supuestos en los que es éste el que lleva el peso absoluto de la ejecución. Así, tanto en el famoso caso del barquero[57] como en los distintos casos del copiloto,[58] el caso del ciclomotor[59] o el caso del conductor ebrio,[60] la configuración concreta

57 RG (Tribunal Supremo del antiguo *Reich* alemán) St 72, págs. 172 y sigs.: dos viajeros habían solicitado al acusado, barquero en el río Memel, que les cruzara con su barca a la otra orilla. El barquero se negó inicialmente a ese propósito, indicándoles que la situación del río —con un caudal superior al habitual— hacía extremadamente peligroso el intento de cruzarlo. Los viajeros, sin embargo, insistieron tanto —poniendo incluso en duda la valentía del acusado— que éste accedió finalmente a su petición. En el curso de la travesía, la barca se hundió, muriendo ahogados ambos viajeros.

58 Sentencia del Tribunal Supremo español 23.12.1963 (JC 1542): A y B, por un lado, en una motocicleta que conducía A y en la que B iba de pasajero, habían entablado una competición irregular con C, D, E y F, por otro, que iban en otras motocicletas, en una carretera estrecha con mala visibilidad. Al tomar en el curso de la competición una curva muy cerrada, la moto de A y B se precipitó contra un vehículo que de modo correcto circulaba en dirección contraria, muriendo B. RG JW 1925, págs. 2251 y sigs.: el acusado había realizado una excursión con un amigo suyo, llevándolo en el asiento de una motocicleta. Al realizar una nueva excursión, el acusado se percató a la ida de que los frenos no funcionaban correctamente. En el trayecto de vuelta, a causa de ese defecto y de la velocidad demasiado elevada a la que conducía el acusado, se produjo una colisión por causa de la cual el mecánico perdió la vida, mientras que el acusado resultó gravemente lesionado; en particular sobre este caso desde la perspectiva de la definición de la actividad conjunta, cfr. *infra* IV. 2. d).

59 Tribunal Supremo Federal alemán, MDR 1959, pág. 856: el acusado había partipado junto a otras tres personas en un festejo popular. En el transcurso de la fiesta se produjo una pelea, de la que el acusado y sus tres acompañantes huyeron en el ciclo-

del reparto de tareas entre autor y víctima en la ejecución no impide *per se* que se impute el suceso a la víctima. Por consiguiente, tampoco es necesario diferenciar —especialmente en aquellos supuestos en los que ello resulta particularmente difícil, como pueden ser los de transmisión de enfermedades por contacto sexual— cuándo la conducta del autor o la de la víctima resulta preponderante en el plano de la ejecución.

3. *Imputación objetiva*

Una vez definida la actividad conjunta en la que se embarca la víctima junto al autor, la imputación de esa actividad conjunta al ámbito de responsabilidad de la víctima —concurriendo los demás requisitos— se produce en términos *objetivos*. Que esto deba ser así viene determinado por un rasgo característico de las constelaciones en cuestión: la interacción entre autor y víctima. En efecto, en el presente ámbito el riesgo para los bienes es creado conjuntamente por autor y víctima. Desde esta perspectiva, no tiene sentido preguntar de modo aislado respecto de cada uno de ellos qué representación subjetiva debe tener el "autor" para poder ser autor, ni qué representa-

---

motor del primero, conducido por éste. Al perder el control del vehículo, el acusado y los otros tres sujetos cayeron al suelo; uno de ellos resultó muerto, los demás con lesiones leves.

60 Tribunal Superior de Karlsruhe, NJW 1967, págs. 2321 y sigs.: el acusado, estando ebrio, se dejó convencer por un amigo suyo para que le llevara a casa. En el trayecto, un error de conducción tuvo como consecuencia un accidente en el que se produjo la muerte del amigo. Próximo es también el supuesto enjuiciado —en el que igualmente la ejecución estaba en manos del autor— en la resolución del Tribunal Superior de Zweibrücken, JR 1994, págs. 519 y sigs., en el que el acusado había aceptado transportar en la parte de atrás de una furgoneta —que no contaba con asientos y sólo estaba destinada al transporte de carga— a un compañero de trabajo, que salió despedido (muriendo a causa de las heridas producidas) del vehículo al producirse un choque por un error imputable a la conductora de otro automóvil. Había planteado un supuesto similar con base en un caso de la jurisprudencia civil —y con la misma solución material que aquí se propone— ya P. Frisch, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, Berlin, 1973, págs. 24 con n. 73, 127.

ción subjetiva cabe requerir de la "víctima" para que no se la considere víctima en sentido estricto —sujeto pasivo de un hecho delictivo—, sino responsable de sus pérdidas.[61] Pues el horizonte relevante para considerar hasta qué punto estas cuestiones merecen una respuesta afirmativa o negativa sólo puede hallarse en lo configurado conjuntamente, en este sentido, en un plano objetivo. Dicho de otro modo, en ninguna de las dos direcciones (autor-víctima) la cuestión puede hacerse depender de la representación subjetiva de los intervinientes. Esto no significa, sin embargo, que la representación de víctima y autor carezca de relevancia a la hora de configurar el marco de la actuación conjunta. Esta, por el contrario, quedará definida en la mayoría de las ocasiones incluyendo las perspectivas, las representaciones subjetivas de los intervinientes. Lo que se quiere decir es que no pueden ser los datos subjetivos "desnudos", no introducidos en la actuación conjunta de autor y víctima, los que deban decidir una u otra calificación. Pues de acuerdo con la estructura interactiva de las constelaciones en cuestión, sólo de un modo relativo, introduciendo la perspectiva común de autor y víctima, puede llegarse a la calificación.[62]

Partiendo de esta perspectiva, puede haber incluso casos —como ha propuesto cierto sector doctrinal—[63] en los que ni siquiera exista, en el

61 Respecto de esta última vertiente —referida a la representación de la víctima— vid. también *supra* II. 2.; más allá de lo allí expuesto, hay que recordar que cualquier aproximación que plantee exigencias de principio demasiado elevadas a los conocimientos de la víctima estará excluyendo un nutrido grupo de supuestos de conductas, en las que la víctima actúa de modo inconsciente, grupo que desde el punto de vista empírico es al menos tan numeroso como el de las conductas conscientes (como señala con razón W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* [n. 9], págs. 180 y sig.).

62 De modo coherente con lo acabado de decir, no podrá haber imputación a la víctima cuando el autor ni siquiera se mantenga dentro del ámbito de la actividad conjunta (cfr. sobre esto a continuación en el texto, III. 2. d).

63 Cfr. sobre todo JAKOBS, *AT*2, 7/129; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), págs. 182 y sig., 219 y sigs.; también DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), págs. 86 y sigs.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Bogotá, 1994, págs. 167 y sig.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), págs. 162 y sigs.; respecto de los supuestos de contagio con VIH, vid. también BRUNS, NJW

lado de la *víctima*, conocimiento del riesgo al que se expone. Así, aunque en alguno de los supuestos de entrega de estupefacientes[64] o en el caso del aguardiente[65] la víctima desconozca la posibilidad de que el consumo de las respectivas sustancias pueda producir diversos daños —digamos, de momento, "normales": los que derivan de la organización conjunta—[66] en su persona, el suceso debe imputarse de todos modos a su ámbito de responsabilidad. Pues las respectivas actividades no pueden ser interpretadas de ningún modo sin el riesgo de esos daños. Igualmente, si un sujeto mantiene relaciones sexuales con una persona cuyas circunstancias personales revelan un posible riesgo —supongamos que se trata de una persona dedicada a la prostitución—, y de ese contacto resulta el contagio de una enfermedad de transmisión

1987, pág. 2282; también de respecto de este ámbito, vid. Herzog/Nestler-Tremel, StV 1987, págs. 369 y sig.

64 Vid. sólo Sentencia del Tribunal Supremo español de 20.2.1993 (RA 1383): el acusado (de homicidio imprudente) había vendido a la víctima una determinada cantidad de heroína que resultó ser de gran pureza, sin que el acusado conociera esta circunstancia. La víctima murió al consumir la sustancia.

65 GA 14 (1866), págs. 532 y sigs.: un soldado que se encontraba en una tienda se vanaglorió de que era capaz de beberse de un trago cierta considerable cantidad de aguardiente. Frente a esta afirmación, el tendero replicó que si realmente era capaz de bebérselo de un trago, le regalaría el aguardiente, debiéndolo pagar si no lo lograba. El soldado bebió en un espacio de tiempo muy corto, y de un trago, el aguardiente ofrecido. A continuación, el tendero le sirvió más aguardiente, que el soldado bebió igualmente de un trago. La ingestión del aguardiente le produjo la muerte por intoxicación etílica al día siguiente. Sin embargo, en este caso, muy probablemente, no sea necesario acudir a la imputación a la víctima, por concurrir ya —con carácter previo, desde el punto de vista sistemático— un supuesto de prohibición de regreso; vid. *infra* III. 3. b).

66 Pues se abandona el ámbito de la organización conjunta —como se verá a continuación— cuando desde la perspectiva del autor se está realizando una actividad que difiere de modo sustancial de lo que es la imagen de esa misma actividad desde la perspectiva de la víctima; vid. *infra* III. 2. d) en el texto y, en cuanto a los conocimientos de víctima y autor, en detalle Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), págs. 363 y sigs.

sexual, es indiferente que la víctima conozca o no la condición de portadora de tal enfermedad de la otra, o siquiera la posibilidad de transmisión en el contacto sexual elegido. Pues la actividad conjunta realizada —contacto sexual con alguien que mantiene frecuentes relaciones sexuales con un gran número de personas— conlleva objetivamente el riesgo de contagio de una enfermedad de transmisión sexual.[67] Por el hecho de que en su peculiar mundo interno, la víctima "decida" desligar su conducta de esa posibilidad no se genera una conducta típica del otro sujeto. La conducta de la persona prostituida no es típica de un delito de lesiones o de homicidio; el suceso debe imputarse a la víctima.[68]

---

67 Y esto es así en un plano verdaderamente objetivo: no se trata de establecer ni siquiera un "síndrome de riesgo" que la víctima deba conocer (por ejemplo: la persona con la que se mantiene el contacto sexual se dedica a la prostitución), como ha propuesto interpretar SANCINETTI los supuestos de una posible exoneración de la víctima en este ámbito (vid. *Subjetivismo e imputación objetiva*, Buenos Aires, 1997, págs. 132 y sig.). Lo decisivo no es que la víctima se imagine que las personas dedicadas a la prostitución corren un riesgo especialmente elevado de contagiarse con enfermedades de transmisión sexual, sino el hecho de que eso es así. Aunque el cliente, oriundo de una isla lejana, desconozca la existencia de enfermedades de transmisión sexual —es decir, no se represente absolutamente nada a ese respecto—, el suceso deberá imputarse a su ámbito de responsabilidad (partiendo de que la definición de los respectivos ámbitos de responsabilidad para este contexto, es decir, del significado objetivo de la conducta, sea correcta, esto es, que se defina la enfermedad en cuestión como un riesgo ubicuo cuyo control no puede asignarse en exclusiva a su portador; en caso de que no se comparta esta valoración, sin embargo, puede acudirse a otro ejemplo); la situación sólo variará en el momento en el que la candidez del cliente se introduzca en la interacción, de modo que varíe la definición de la organización conjunta (vid. aquí *infra* III. 2. d). Si aun en este caso quiere decirse que la víctima conoce "algo" (vid. SANCINETTI, *op. cit.*, pág. 132), es decir, en el ejemplo concreto, que sabe que va a mantener relaciones sexuales, ello, sin duda, es correcto: pero ese conocimiento no tiene ya relación alguna con el problema de imputación.

68 Sobre esta problemática en lo que se refiere a los supuestos de desnivel de conocimientos, vid. con más detalle CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), págs. 367 y sigs.

Por otro lado, si se afirma que la organización conjunta es imputable a la víctima, el mero hecho de que el *autor* tenga una disposición psíquica determinada —con independencia de que pudiera dar lugar a la apreciación de dolo o de imprudencia— no puede variar la calificación de su conducta como atípica.[69] Es decir, en el caso del aguardiente acabado de citar es indiferente para esa determinación que el sujeto que ofrece el aguardiente desee la muerte del soldado (dolo), o que conociendo el riesgo de muerte que puede derivar de la ingestión del alcohol lo infravalore (imprudencia). Lo mismo cabe decir del supuesto de las relaciones sexuales con riesgo de transmisión: es indiferente que la persona prostituida, en el ejemplo antes propuesto, desee que todos sus clientes mueran, o que el bienestar de éstos le sea indiferente, o que ni siquiera haya prestado atención al hecho de que presenta signos evidentes de padecer la enfermedad en cuestión.

En este sentido, es en el plano de la configuración objetiva de la interacción, y en su conexión con el ámbito de responsabilidad preferente que corresponde a la víctima, en el que deben hallarse los límites de la relevancia de la conducta de la víctima. Desde esta perspectiva, no parece convincente la elección sistemática desarrollada sobre todo por Hillenkamp,[70] en el sentido de estimar que la figura de la víctima ocupa un papel totalmente distinto en el ámbito de los delitos dolosos y en el de los delitos imprudentes,[71] hasta el punto de que en su opinión se

69 En este sentido se pronuncia, como es natural, aquel sector de la doctrina que se ha decidido en favor de ubicar —en el marco de diversas construcciones dogmáticas— la cuestión en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva; cfr. por todos Roxin, *AT I3*, 11/85, 11/87, 11/103.

70 En sus monografías *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen, 1981 y *Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat*, Bielefeld, 1983.

71 Dicho en términos simplificados: posible reducción de la responsabilidad del autor en la dogmática de la imprudencia, anatemización de esa misma reducción —aunque sólo en el ámbito del injusto, porque tal reducción reaparece en la concepción del propio Hillenkamp en el ámbito de la medición de la pena, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 68), págs. 211 y sigs., para el delito doloso.

trata de problemáticas que ni siquiera pueden ser sometidas a un análisis unitario.[72] Pues si bien parecen muy convincentes muchos de los elementos de la exhaustiva crítica realizada por HILLENKAMP a los postulados victimodogmáticos —dejando de lado cuestiones que en realidad pertenecen a la Parte Especial—,[73] lo cierto es que los límites a la consideración de la conducta de la víctima —y, por tanto, el rechazo a cualquier tendencia de "culpabilización" de ésta— no pueden hallarse con base en el mero hecho de que en un caso el autor muestra dolo respecto de la lesión, mientras que en el otro, tan sólo se comporta de modo imprudente (de modo que se trataría, como ya se ha dicho, de dos verdaderos "mundos" dogmáticos). El límite ha de encontrarse, por el contrario, en la diferente configuración objetiva de la interacción entre víctima y autor, quedando en unos casos el suceso abarcado por el ámbito de responsabilidad de la víctima y en otros no.[74] Pero esta delimitación puede hacerse de igual modo para delitos dolosos e imprudentes, en su común aspecto objetivo.

4. *Organización conjunta*

Presupuesto y objeto de referencia de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima es que lo sucedido —la actividad arriesgada que produce el daño— se corresponda con la organización conjunta de autor y víctima. Esta organización conjunta no debe entenderse —como antes se ha mostrado— en el sentido de una actividad común en la que tanto víctima como autor introducen, de modo paralelo a la coautoría, aportaciones al hecho de cierta relevancia. Por el contrario, la intervención de víctima y autor ser de muy diversas características, yendo desde un mero acto de comunicación

72 Vid. HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 68), págs. 10 y sigs., especialmente 16.

73 Vid. *Vorsatztat und Opferverhalten* (n. 68), págs. 17 y sigs., 172 y sigs.; *Idem*, *Der Einfluß* (n. 68), págs. 12 y sigs.; cfr. también *supra* II. 4.

74 Como es lógico, de modo significativo, este será el caso en los supuestos en los que lo que hay es una agresión del autor a la víctima, no una actuación arriesgada conjunta; vid. a continuación III. 2. d) al desarrollar la noción de "organización conjunta".

—por ejemplo, el ruego al autor o a la víctima de hacer u omitir determinada conducta— hasta la ejecución directa de la actividad generadora del riesgo. Y como acaba de exponerse, además, no resulta *per se* decisivo cuál sea el significado que autor o víctima asignen en su ámbito interno al contexto de interacción. La interacción entre víctima y autor crea un contexto común de un mismo significado objetivo. Este significado objetivo se determina conforme a patrones normativos: sólo aquellos aspectos de la organización son "conjuntos" que se presenten como un elemento inherente a la actividad elegida por la víctima. Nadie puede ser distanciado de los riesgos implícitos en una actividad suya que pone en peligro sus bienes sin ser autocontradictorio y sin que se ponga en duda su autorresponsabilidad. El punto decisivo, por lo tanto, está en determinar —a la hora de concretar cuándo la actividad conjunta es "suya", le es imputable— en qué medida el contacto puede ser definido por la víctima de modo unilateral como inocuo, cuándo es el autor el que instrumentaliza a través de su organización a la víctima, y a partir de qué punto la organización conjunta abandona esa esfera y obtiene un significado objetivo autónomo independiente del arbitrio de los intervinientes.

> El concepto de organización conjunta, por consiguiente, no encubre un "*versari in interactio*" o un proceso de *blaming the victim* perjudicial para la víctima: evidentemente, no concurre organización conjunta cuando se trata de riesgos meramente estadísticos, aunque éstos sean muy densos y conocidos por la víctima. Quien da un paseo en un bosque en el que —como todo el pueblo sabe— una banda de cazadores furtivos hace uso de modo muy descuidado de sus escopetas, no ha organizado con ellos el riesgo de una herida por arma de fuego; una mujer no coorganiza un ataque contra su libertad sexual si invita a cenar a un hombre conocido por su comportamiento incorrecto: en estos casos, no existe una actividad arriesgada organizada conjuntamente; la víctima puede mantener la definición del suceso como inocuo. Tampoco hay organización conjunta, por otra parte, cuando la conducta del autor introduce un elemento adicional a los factores de riesgo presentes en el contexto común, o cuando la situación de hecho contiene de algún otro modo un factor de riesgo que no pertenece a la

organización conjunta.[75] Tampoco podrá imputarse el daño al ámbito de responsabilidad de la víctima cuando la organización conjunta entre autor y víctima contenga un reparto de tareas que implique —de modo unilateral o bilateral— cometidos de control de ciertos elementos de riesgo y sea precisamente uno de esos elementos el que genere el riesgo que se concreta en la lesión de la víctima.[76]

---

75 Este aspecto de la falta de organización conjunta es el elemento que el Tribunal Supremo español consideró decisivo, con razón, a la hora de resolver el caso de la botella antes citado (texto correspondiente a la n. 10; Sentencia del Tribunal Supremo 17.7.1990 [RA 6728]). En efecto, el autor introdujo un elemento adicional al ejecutar la actividad arriesgada de modo contrario al acordado: "...En los hechos probados es indudable que el procesado disparó 'en el instante en que aquél (la víctima) efectuaba un movimiento con el cuerpo para limpiarse algo de vino que le había caído encima'. Al disparar de esta manera el recurrente introdujo, sin previo aviso del momento de la acción un factor elevador del riesgo..." Destaca este aspecto con razón MIR PUIG en su comentario a la sentencia (ADPCP 1991, pág. 264), señalando que concurre un "fallo en la ejecución" por parte del autor "que la desvía de la propuesta incial de la víctima". También es éste el aspecto decisivo en el caso del copiloto del Tribunal Supremo del *Reich* alemán, JW 1925, págs. 2251 y sigs.: muy posiblemente podría afirmarse que el copiloto (víctima) organizó conjuntamente con el conductor la actividad de un trayecto en motocicleta con un conductor inexperto y a una velocidad excesiva. Pero parece deducirse de los hechos declarados probados que no había organización conjunta de una actividad que contuviera esos elementos y *además* el de la falta de funcionamiento de los frenos del vehículo —factor que incidió en el accidente—, como sucedió de hecho.

76 Así, por ejemplo, cuando el autor ha asumido la dirección de una expedición alpina y se produce la lesión por un error en las medidas de seguridad, cuyo establecimiento compete al autor (vid. el caso SchwJZ 41 [1945], págs. 42 y sigs.). En todo caso, sin embargo, ha de examinarse cuidadosamente el alcance de los deberes de protección en cuestión; se va demasiado lejos, por ejemplo, si se parte de la existencia de un deber cuasi omnicomprensivo de protección del médico frente al paciente, que abarca incluso la evitación de una dosificación y modo de administración temerarios por parte de la víctima de los medicamentos prescritos (así, sin embargo, el Tribunal Supremo Federal alemán JR 1979, pág. 429; críticos con la resolución, por ejemplo, *SK*-RUDOLPHI, nº 79a previo al § 1; JAKOBS, *AT*2, 29/70 con n. 141).

Desde la perspectiva de la organización conjunta, también la ampliamente discutida cuestión del grado de responsabilidad de la víctima —la determinación de qué características personales han de poder predicarse de una víctima para que sea considerada "autorresponsable"— se presenta de modo más sencillo. Pues queda claro que la introducción de la figura de la víctima no puede plantearse de modo reducido a los frentes habituales "solución del consentimiento" y "solución de la imputabilidad".[77] Ciertamente, ha de darse la razón en lo fundamental a los partidarios de los criterios de imputabilidad, ya que el punto de partida ha de estar en aquel criterio a través del cual el ordenamiento fija las reglas conforme a las cuales los ciudadanos son tratados como iguales y responsables. Pero también queda claro que no puede realizarse una trasposición directa de esos criterios. Más relevante en este contexto es que la característica de la "responsabilidad" de la víctima

77 Por razones de espacio, no puede entrarse aquí en los detalles de esta discusión, que se ha desarrollado sobre todo en la doctrina alemana respecto del ámbito del suicidio. Se han expresado en favor de una aplicación analógica de las reglas del consentimiento, por ejemplo, *LK*10-Jähnke, No. 26 previo al § 211; *SK*-Horn, § 212 No. 15; *S/S*24-Eser, No. 36 previo al § 211; Geilen, JZ 1974, págs. 151 y sig.; Meyer, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*, Köln etc., 1984, págs. 139 y sigs., 148 y sigs., 221 y sigs.; Herzberg, JA 1985, págs. 340 y sigs.; Neumann, JuS 1985, págs. 679 y sigs.; *Idem;* JA 1987, págs. 244 y sigs., 251 y sigs.; Brandts/Schlehofer, JZ 1987, págs. 443 y sigs.; W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), págs. 166 y sigs., 222 (aunque sólo respecto de los defectos de responsabilidad en la víctima; respecto de defectos cognitivos —desnivel de conocimientos entre autor y víctima—, Frisch prefiere una solución más objetiva, *op. cit.*, págs. 222 y sigs.); Otto, FS Tröndle (n. 53), pág. 174; Köhler, ZStW 104 (1992), págs. 25 y sig.; Walther propone una combinación de ambos criterios (*Eigenverantwortlichkeit* [n. 8], págs. 107 y sig., 109 y sig.). A favor de tomar como punto de referencia las reglas de imputabilidad, por ejemplo, Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6a. ed., Berlin-New York, 1994, págs. 236 y sig., 645 y sig.; Hirsch, JR 1979, págs. 432 y sig.; Bottke, *Suizid und Strafrecht*, Berlin, 1982, págs. 247 y sigs.; *Idem;* GA 1983, págs. 30 y sigs.; Dölling, GA 1984, págs. 71 y sigs., 78 y sigs.; Charambalakis, GA 1986, págs. 489 y sigs., 498 y sigs.; Jakobs, *AT*2, 21/71, 21/97 y sig.; Reyes Alvarado, *Imputación objetiva* (n. 61), págs. 178 y sigs.; Zaczyk, *Selbstverantwortung* (n. 8), págs. 43 y sig.

sea introducida en el contexto de imputación. Pues sólo la imagen de la víctima en ese contexto, en la organización conjunta con el autor, puede influir en la valoración de la conducta de éste.[78]

5. *Recortes normativos de la autorresponsabilidad*

Finalmente ha de apuntarse que existen ámbitos, sin embargo, en los que a pesar de concurrir varios sujetos autorresponsables en una actividad arriesgada, el ordenamiento del sector en cuestión establece reglas especiales conforme a las cuales a uno de esos sujetos corresponde una especial obligación de tutela frente a los demás intervinientes en esa actividad. Se trata de supuestos en los que una razón normativa específica desplaza al principio de autorresponsabilidad y sus consecuencias dogmáticas.[79] Así sucede, por ejemplo, en el ámbito de las relaciones laborales, en el que el ordenamiento obliga —en cierta medida— al empleador a prevenir imprudencias autolesivas de los trabajadores.

C) Imputación a la víctima e imputación objetiva

De lo antes expuesto se deduce fácilmente que desde la perspectiva aquí adoptada, la "imputación a la víctima" debe configurarse como una institución dogmática incluida en el primer nivel de la imputación objetiva: la imputación del comportamiento[80] o de la conducta.[81] En efecto, si el suceso realizado de modo conjunto es atribuido al ámbito de responsabilidad de la víctima, no puede ser típica la conducta del autor.[82] A continuación, se pre-

78 Cfr. W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), págs. 160 y sigs., 162; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), págs. 183, n. 58, 185 y sigs.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), págs. 354 y sigs.

79 Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), págs. 308 y sigs.

80 Término utilizado por JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid, 1996, págs. 89 y sigs.

81 Término utilizado por MIR PUIG, *PG*4, 10/48 y sigs.

82 Coinciden materialmente en esta ubicación sistemática, por ejemplo, *AK*-ZIELINSKI, §§ 15, 16 No. 104; *NK*-PUPPE, No. 164 previo al § 13 (ambos respecto del delito im-

senta una breve sinopsis acerca de la relevancia de la conducta de la víctima en otras instituciones de la teoría de la imputación objetiva, en supuestos en los que si bien la conducta de la víctima adquiere relevancia, no permiten una adscripción del suceso a su ámbito de responsabilidad. Estos supuestos existen tanto en el ámbito de la imputación de la conducta (*infra* a) como de la imputación del resultado (*infra* b).

1. La conducta de la víctima en otras instituciones de la imputación objetiva del comportamiento

En particular, en lo que se refiere a esas otras instituciones generales de la imputación objetiva del comportamiento, si la conducta del autor en relación con la cual aparece la conducta de la víctima está cubierta por un *riesgo permitido*[83] o puede ser desvinculada del posterior desarrollo lesivo por no estar conectada objetivamente con éste (*prohibición de regreso*),[84] no será necesario examinar si debe imputarse lo sucedido al ámbito de responsabilidad de la víctima: la conducta será atípica sin necesidad de un ulterior juicio centrado en la conducta de la víctima.

1. En lo que se refiere al *riesgo permitido*, la víctima puede adquirir relevancia sobre todo en dos ámbitos. *En primer lugar*, las expectativas de (potenciales) víctimas pueden ser uno de los criterios determinantes a la hora de *fijar el nivel del riesgo permitido*. Cabe corroborar esta afirmación, a modo de ejemplo, en relación con el ámbito de la responsabilidad jurídico-penal por la fabricación o distribución de determinados produc-

---

prudente); Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die* Zurechnungslehre, 2a. edición, Berlin-New York, 1991 (= AT2), 7/129; *Idem; La imputación objetiva* (n. 78), págs. 109 y sigs.; W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), págs. 76 y sig., 148 y sigs., 156 y sigs., 182 y sigs.; Bustos Ramírez, EPCr XII (1989), págs. 125 y sigs.; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva* (n. 48), págs. 365 y sigs. (respecto del delito imprudente).

83 Cfr. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), págs. 316 y sigs.

84 Cfr. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), págs. 325 y sigs.

tos.[85] En principio, parece claro que quien asume la actividad de fabricar ciertos bienes para que sean accesibles a un gran número de personas, tiene también el deber de respetar todas las reglas existentes para evitar posibles daños a los consumidores.[86] Y precisamente esas reglas vienen codeterminadas por las expectativas, la "confianza"[87] que el consumidor pueda tener en el producto, o, en palabras del Tribunal Supremo español —en la sentencia en el caso de la colza—:[88] "El criterio general al que cabe remitir para posibilitar una concesión [*sic*] precisa de las exigencias de cuidado en este ámbito está constituido por las 'expectativas del consumidor'... el productor debe tomar en cuenta como medida del cuidado exigido los riesgos que el consumidor estaría dispuesto a asumir en

85 Cfr. desde una perspectiva general sobre este ámbito, respecto del cual ha aparecido numerosa bibliografía en los últimos tiempos, sólo *S/S*24-CRAMER, § 15 No. 223; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), págs. 200 y sigs.; KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1989, págs. 93 y sigs., 101 y sigs.; PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, págs. 21 y sigs. y *passim*, todos ellos con ulteriores referencias.

86 Cfr. sólo SCHUMANN, *Selbstverantwortung* (n. 45), págs. 116, 119 y sig.; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), págs. 200 y sig.

87 Cfr. especialmente W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pág. 202 con n. 176; cuáles sean esas expectativas, a su vez, no es una mera constatación fáctica, sino que depende de factores normativos (vid. FRISCH, *op. cit.*, págs. 202 y sigs.), especialmente, del estadio de desarrollo de la valoración social de la necesidad de los productos en cuestión: como dice JAKOBS (*La imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid, 1996, pág. 93), "...una sociedad saturada por la técnica esperará de un fabricante de máquinas que éste no cree nuevos riesgos, y por tanto le impondrá el deber de garantizar la inocuidad en todas las condiciones de funcionamiento, exonerando de este modo tanto a quien adquiere la máquina como a la víctima. Por el contrario, una sociedad que esté necesitada de avances técnicos tolerará bastantes riesgos; por consiguiente, exonerará al fabricante e impondrá al propietario y a la potencial víctima la obligación de garantizar la seguridad...".

88 Se trataba de un caso de envenamiento masivo de personas por consumo de aceite adulterado; Sentencia del Tribunal Supremo español de 23.4.1992, reproducida en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial No. 12 (1992), págs. 69 y sigs.

una ponderación razonable".[89] *En segundo lugar*, existen determinados ámbitos en los que el *permiso genérico de una actividad arriesgada necesita de una aceptación de la víctima*: el riesgo permitido puede estar formulado de tal modo que tenga como presupuesto el "consentimiento" en la realización de la actividad plurisubjetiva.[90] En estos casos, puede decirse que riesgo permitido y consentimiento son congruentes;[91] o dicho de modo más exacto: el riesgo permitido tiene como presupuesto el consentimiento en la participación en el comportamiento conjunto.[92] Esto no cambia en nada el hecho de que el conjunto de comportamientos "fútbol", por ejemplo, está permitido de manera desvinculada del contexto subjetivo —más allá de la asunción de la intervención en el contexto social— de los intervinientes. En este sentido, lo relevante aquí no es el consentimiento (que introduce el contexto de interacción), sino el permiso general.[93]

2. En cuanto a la llamada *prohibición de regreso*, institución introducida en la discusión moderna en materia de imputación objetiva sobre todo por

89 Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial No. 12, pág. 182; cfr. también pág. 180, donde se identifica el "cuidado" al que se alude en el pasaje citado en el texto con el riesgo permitido, y pág. 181, en relación con el horizonte de conocimientos de posibles víctimas.

90 Por ejemplo: obviamente, no puede jugarse de manera permitida al fútbol o entablar un combate de boxeo (y crear de modo permitido el riesgo correspondiente) con alguien que no desea participar en tal actividad.

91 Cfr. en este sentido, por ejemplo, Jakobs, *AT*2, 7/113.

92 En este sentido, por ejemplo, Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente* (n. 27), págs. 318 y sig. Cfr., por ejemplo, los supuestos en el ámbito de los deportes, Jakobs, *AT*2, 7/126; W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pág. 115: el comportamiento reglamentado está "vinculado a permisos previos"; Frisch también habla en este contexto de la existencia de "esquemas de coordinación" (NStZ 1992, págs. 65 y sig.)

93 Cfr. sólo Mir Puig, Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya 1987, pág. 40; Walther, *Eigenverantwortlichkeit* (n. 8), pág. 24.

JAKOBS,[94] consiste en lo fundamental en desvincular un comportamiento inicial correcto de posibles conductas autolesivas posteriores. También esta institución es aplicable a casos en los que adquiere relevancia una conducta de la víctima. Así, por ejemplo, cuando el empleado de una gasolinera llena el depósito de combustible de un automóvil cuyas cubiertas se encuentran de modo tan evidente en mal estado que es palmario que va a producirse un accidente si se sigue circulando con el vehículo, esta aportación causal del empleado no puede dar lugar a una responsabilidad por un delito de lesión[95] —doloso o imprudente, dependiendo del lado subjetivo—.[96] Lo mismo sucede si un sujeto —sin tener ningún tipo de conocimientos sobre el particular— afirma en una reunión social que en el mes de marzo, en determinada zona de montaña, suele haber una temperatura muy alta, lo que alguien que le escucha toma como base para realizar una excursión a esa zona con un equipo de vera-

94 Vid. sólo JAKOBS, *La imputación objetiva* (n. 85), págs. 145 y sigs. Como es claro, en este ámbito no puede entrarse en la discusión acerca de la fundamentación y ubicación sistemática de esta institución dogmática (cfr. por todos últimamente ROXIN, FS Tröndle [n. 53], págs. 177 y sigs.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* [n. 61], págs. 320 y sigs., con ulteriores referencias). En todo caso, lo cierto es que, como ha afirmado el propio JAKOBS (vid. *La imputación objetiva* [n. 85], págs. 171 y sig.; *Idem*, GA 1996, págs. 260 y sig., n. 15), las diferencias materiales —más allá de la denominación o de la ubicación sistemática dentro de la imputación objetiva— con aquellas posturas que incorporan delimitaciones normativas de ámbitos de responsabilidad y la correspondiente exclusión de responsabilidad por actos que carecen de significado delictivo, no son determinantes (cfr. a título de ejemplo las consideraciones, muy próximas en cuanto a su contenido material, de STRATENWERTH, *AT I*3, No. 1162 y sigs.).

95 Sin perjuicio de una eventual responsabilidad por un delito de omisión del deber de socorro, como señalan, por ejemplo, W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pág. 215; JAKOBS, *La imputación objetiva* (n. 65), pág. 108.

96 Ejemplo de JAKOBS ZStW 89 (1977), pág. 4; también IDEM, *AT*2, 7/52; llegan a la misma solución STREE, JuS 1985, pág. 181 (respecto de un supuesto similar); HERZBERG, JA 1985, pág. 272; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pág. 198; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), pág. 199.

no, por lo que sufre lesiones por congelación.[97] También puede sostenerse que la conducta del autor no tiene significado delictivo si éste guarda en un recipiente de apariencia inocua —por ejemplo, en una botella de refresco— un líquido venenoso, en circunstancias también aparentemente inocuas —por ejemplo, en la nevera—, y la víctima, quien penetra de modo no autorizado en la vivienda, ingiere el líquido y sufre lesiones.[98] Que en los casos extremos la solución no puede ser sencilla queda demostrado[99] por lo que puede considerarse una reciente "reedición" del caso del arsénico del Reichsgericht:[100] el acusado, farmacéutico, había descubierto que en su vivienda habían penetrado unos ladrones. Aparte de beber de alguna botella de licor y comer de las provisiones del acusado, habían apartado algunos aparatos electrónicos, de modo que daba la impresión de que pretendían volver a llevárselos. La policía, alertada por el acusado, envió a cuatro agentes a esperar a los ladrones. Sin embargo, el acusado, enfurecido, había colocado una botella de licor con un potente veneno, con la intención de que los ladrones bebieran de él y murieran.

97 Cfr. los ejemplos similares en *S/S*24-CRAMER, § 15 No. 157: no habría responsabilidad del sujeto que, sabiéndose perseguido, entra a alta velocidad en una curva peligrosa, o del cliente que sube a un taxi y observa que el vehículo no está en condiciones de circular; sí habría imputación si en el caso de la persecución el sujeto perseguido decide cruzar por un puente que sabe defectuoso; vid. también SCHUMANN *Selbstverantwortung* (n. 74), págs. 107 y sig., 115; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pág. 198; en todo caso, estos autores formulan estos y similares ejemplos desde una perspectiva sistemática algo diversa (en el caso de CRAMER y SCHUMANN: el principio de autorresponsabilidad —genérico, no limitado a la víctima— como delimitación de una intervención típica; en el caso de FRISCH: la teoría de la conducta típica).

98 En este sentido, por ejemplo, W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pág. 220; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), págs. 198 y sig.; de otra opinión, sin embargo, probablemente *S/S*24-CRAMER, § 15 No. 154.

99 Aparte de que —para tranquilidad de los teóricos— queda demostrado con este supuesto que la realidad social genera casos más extraños que la imaginación más calenturienta de cualquier autor de trabajos teóricos, como se observará a continuación en el texto.

100 Cfr. RGSt 1, págs. 373 y sigs.

Al considerar que los agentes corrían peligro, les avisó.[101] Desde el punto de vista aquí adoptado, este caso debe ser considerado precisamente en el marco de la prohibición de regreso, dentro de la la imputación objetiva del comportamiento. No se trata de un supuesto en el que haya que considerar la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima en cuanto institución específica para la valoración de la víctima, ya que aquí lo decisivo es comprobar, como paso previo, si existe una definición contrafáctica de la conducta del autor como inocua, sin necesidad de valorar la conducta de la víctima. Queda claro que la condena procede en caso de que se pretenda la eliminación de un sujeto que convive con el autor o que de algún otro modo está autorizado a estar en la vivienda (una visita, por ejemplo). También es claro que no puede haber responsabilidad de quien almacena así una sustancia peligrosa sin sospechar que alguien puede penetrar en su vivienda. Pero, ¿qué sucede en este caso intermedio?[102] No se trata de si un comportamiento doloso es más o menos "objetivamente peligroso" que una conducta imprudente.[103] De lo que se trata es de si el dato subjetivo —el conocimiento, o, mejor dicho, la sospecha de la vuelta de los allanadores— puede incluirse en el juicio objetivo o no. Y ésta es una cuestión normativa: si se da preferencia al factor "disposición sobre la propia morada" —lo que parece adecuado—, se negará la tipicidad.[104]

Por otra parte, muy probablemente se tratará también de un supuesto de prohibición de regreso cuando se produce la entrega de sustancias de tráfico permitido, como es el caso del alcohol; en este caso, que sea evidente

101 Vid. NJW 1997, pág. 3453; el farmacéutico, acusado de tentativa de homicidio, fue condenado en instancia y por el BGH sólo por una infracción específica de puesta en circulación de alimentos adulterados.

102 Prescindiendo de ulteriores problemas como si concurre ya comienzo de la tentantiva o si ésta debe considerarse cometida en autoría directa o mediata; vid. ROXIN, JZ 1998, págs. 211 y sig.

103 Así, sin embargo, respecto de este caso KUDLICH, JuS 1998, págs. 596 y sigs.

104 Cfr. en este sentido también DERKSEN, GA 1998, págs. 592 y sigs.

que el sujeto a quien se está expendiendo alcohol va a poner en peligro su salud, no es asunto del vendedor o expendedor. Sólo si de modo evidente el sujeto que recibe el alcohol ya no es imputable, podrá plantearse una eventual responsabilidad del autor.

2. *La conducta de la víctima en la imputación objetiva del resultado*

1. La conducta de la víctima también puede alcanzar, finalmente, relevancia en el segundo nivel de la teoría de la imputación objetiva, la *imputación del resultado*. Lo que sucede en estos casos es que no cabe duda que el comportamiento llevado a cabo por el autor se adecúa a la descripción hecha en la Ley penal, pero existen dudas acerca de si el *resultado* lesivo producido puede reconducirse a la conducta del autor. Si se contestara negativamente a esta cuestión, debe producirse tan sólo una condena por tentativa (en los delitos dolosos) o incluso la absolución (en los delitos imprudentes).

En este ámbito, ha de comprobarse que existe una relación normativa entre la conducta típica y el resultado conectado causalmente a ésta. En lo que se refiere al problema que aquí interesa, existen conductas de la víctima que, si bien no conllevan la falta de tipicidad del comportamiento del autor —por no concurrir los elementos de la imputación a la víctima—,[105] sin embargo, sí pueden hacer desaparecer la imputación objetiva del resultado.[106] Las constelaciones de casos que pueden aparecer en este contexto son de características muy diversas,[107] y pueden ser resueltas de modo satisfactorio

105 Y partiendo de que tampoco haya de excluirse la tipicidad de la conducta del autor por concurrencia de un riesgo permitido o en virtud de la prohibición de regreso, cfr. en el texto *supra*.

106 En este sentido, no se comparte aquí el criterio de W. Frisch (vid., por ejemplo, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* [n. 9], págs. 447, 452 y sig., n. 301), para quien —al igual que respecto de otros sectores no relacionados con la conducta de la víctima— la imputación del resultado está poco menos que "vacía" de contenidos normativos.

107 Cfr. sólo el elenco de casos recogidos por Arroyo Zapatero, *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Madrid etc., 1988, págs. 111 y sigs., para el ámbito laboral, y Reyes Alvarado, *Imputación objetiva* (n. 61), págs. 338 y sigs.

con las reglas generales de la teoría de la imputación objetiva, por lo que su discusión exhaustiva no puede ser llevada a cabo en este trabajo.[108] Tan sólo se efectúan algunas consideraciones generales.

En cuanto al material de casos, desde conductas que —dicho de modo aproximativo, de momento— "reorientan" completamente el riesgo típico inicialmente creado por el autor hasta comportamientos que no varían de modo sustancial el curso inicial, pasando por conductas de mera inactividad o por la confluencia de dos cursos independientes, parece claro ya a primera vista que la relevancia que puede corresponder al comportamiento de la víctima ha de ser muy distinta según los casos.

2. Cabe identificar, en todo caso, un sector de supuestos en los que ya desde un principio parece claro que el riesgo creado por el autor con su conducta delictiva carece de relación con el resultado producido, pues el resultado se produce por la presencia de un riesgo distinto.

Se debe llegar a esta conclusión, en principio, en dos ámbitos: por un lado, puede suceder que el riesgo creado por el autor sólo contribuya de modo causal a la producción del resultado, pero que en realidad se realice un riesgo general de la vida. En segundo lugar, puede que el riesgo creado por el autor esté relacionado con el ámbito en el que se produce el resultado, pero éste no se realice porque la víctima introduce un riesgo distinto.

La primera posibilidad concurre, por ejemplo, si un sujeto secuestra a la víctima y ésta muere en un accidente de circulación —inevitable durante el secuestro: no hay, en puridad de términos, siquiera un riesgo típicamente relevante de muerte.[109] En cuanto a la segunda posibilidad: si, por ejemplo, en el caso de un automovilista que circula por el lado izquierdo de la vía —infringiendo su deber de hacerlo por la derecha— cuando un peatón se abalanza de modo repentino sobre la calza-

108 Cfr. en detalle CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (n. 8), págs. 329 y sigs.

109 Ejemplo y solución de JAKOBS, *AT*2, 7/79; ello con independencia de la responsabilidad por el delito de secuestro, como es natural.

da, no cabe establecer conexión entre la infracción del conductor y el resultado producido[110].

Sin embargo, la solución no resulta tan sencilla cuando no puede establecerse de modo nítido que el riesgo inicial no es típicamente relevante respecto del específico resultado producido, o que la conducta de la víctima realmente introduce un riesgo nuevo. En efecto, en muchas ocasiones, el resultado se produce como concreción del riesgo inicial generado por el autor, pero la conducta de la víctima posterior —dicho de modo aproximativo— es de algún modo descuidada. En este contexto, parece aconsejable distinguir[111] entre aquellos supuestos en los que existe identidad entre el objeto del riesgo inicial y aquel que resulta lesionado y respecto del cual se produce la conducta de la víctima, de aquellos otros supuestos en los que hay una diversidad entre ambos.

3. En primer lugar, han de abordarse los supuestos en los que se pone en peligro y se lesiona a la postre el mismo objeto. Son estos los casos en los que es la propia víctima que incide de algún modo sobre un riesgo —que también puede derivar de una lesión inicial— creado respecto de sus bienes por el autor. Así sucede, por ejemplo, en el caso del líquido cáustico resuelto por el Tribunal Supremo español,[112] o cuando la víctima se niega a determi-

110 Ejemplo y solución propuestos por Gimbernat Ordeig, RDCir 1965, págs. 677 y sig.

111 Siguiendo a Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, págs. 232 y sig., 233 y sigs.

112 Sentencia del Tribunal Supremo español 17.9.1993 (RA 6697); La acusada, en el marco de una discusión de vecindad, había lanzado a la víctima un líquido desengrasante cáustico, que la había alcanzado en la cara, cuero cabelludo y pabellones auriculares. La víctima, en vez de lavarse, se quedó en las inmediaciones del lugar y sólo la insistencia de los agentes de policía que acudieron a la llamada de la acusada logró —una hora y media después de ocurrido el suceso— que consintiera en buscar asistencia médica. El líquido produjo heridas que tardaron tres meses en curar y dejaron cicatrices visibles, después de varias intervenciones quirúrgicas en las que se le practicaron injertos en las zonas afectadas. Conforme a los hechos declarados probados, no se hubiera producido lesión alguna si la zona afectada hubiera sido lavada con agua.

nado tratamiento médico —como en el caso de quien, después de haber recibido una paliza, se niega a quedarse ingresado en un centro hospitalario a pesar de que se le indica que ello es necesario en atención a posibles lesiones internas—[113] que resulta indicado para neutralizar los riesgos para su salud que derivan de una lesión producida por el autor. En este sentido, un sector de la doctrina ha propuesto excluir la imputación cuando la conducta posterior de la víctima sea "gravemente imprudente".[114] Otros autores, en cambio, adoptan una posición que en vez de calificar por analogía la conducta de la víctima, parte de una valoración vinculada a las características del riesgo inicial y que resulta potencialmente más estricta respecto de la exclusión de la imputación del resultado al autor.[115]

Pasando ya a delinear la solución a los distintos supuestos, en primer lugar, debe estimarse —y a este respecto existe un consenso generalizado en la doctrina— que tratándose de una conducta por parte de la víctima que implica la dejación de medidas esenciales y elementales de neutralización del riesgo inicial, no puede producirse imputación del resultado a la conducta del autor.

Esta debe ser la solución, por ejemplo, en el caso en el que la víctima se niega a la realización de una medida médica corriente y segura a

113 Como sucedió en el caso del Tribunal Supremo Federal alemán NStZ 1984, pág. 394; vid. también, por ejemplo, los casos ingleses *R. v. Blaue* (cfr., por ejemplo, SMITH/HOGAN, *Criminal Law*, 7a. edición, London, 1992, págs. 338 y sig.) y *R. v. Dear* (CrimLR 1996, págs. 595 y sig.).

114 Así, por ejemplo, BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt* (n. 27), págs. 122 y sigs., especialmente pág. 123, HILLENKAMP, *Vorsatztat* (nota 68), pág. 302. En la doctrina anglosajona, vid. en el mismo sentido —la *gross negligence* interrumpe la relación de causalidad— HART/HONORÉ, *Causation in the Law*, reimpresión, Oxford, 1973, págs. 319 y sig., 406.

115 Vid., por ejemplo, *SK*-RUDOLPHI, No. 72 y sigs., 72a, 73 previos al § 1; cfr. también en esta línea de fijar la atención en el riesgo inicial SCHÜNEMANN, JA 1975, págs. 718 y sig.; diferenciando en función del riesgo W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), págs. 446 y sigs., 449 y sigs., 454 y sig.: lo decisivo es que el riesgo se encuentre ya "ínsito" en la conducta inicial.

efectos de neutralización del riesgo, como puede ser someterse a una observación interna —así, en el caso de una víctima que recibe una paliza y se niega a quedar ingresada en un centro médico, a pesar de que así se le pide de modo insistente por parte del personal sanitario—,[116] o a una transfusión de sangre —como sucedió en el caso *R. v. Blaue*—,[117] o directamente inutiliza una medida terapéutica de estas características —por ejemplo, arrancándose los vendajes, o reabriendo heridas en proceso de cicatrización, como en el caso *R. v. Dear*—,[118] o empeora el estado de una lesión mediante una conducta absolutamente descuidada —por ejemplo, generando una infección por falta de higiene—, etc.[119] Sin embargo, también queda claro que ello no implica que la víctima deba llevar a cabo una "investigación" acerca de cuáles son esas medidas cuando éstas no son comúnmente conocidas. En este sentido, es correcta la decisión del Tribunal Supremo español de atribuir el resultado lesivo a la autora en el antes citado caso del líquido caústico:[120] puesto que la víctima no sabía qué líquido era el que le había sido aplicado, no podía saber que la medida a tomar era lavarse con agua.

A estos efectos, por lo demás, no parece que deba distinguirse de modo esquemático entre que se trate de una omisión o de un comportamiento activo posterior de la víctima,[121] pues cuando las medidas omitidas tienen las características antes enunciadas —medidas habituales y seguras a efectos de

116 BGH NStZ 1984, pág. 394.

117 Recogido, por ejemplo, en Smith/Hogan, *Criminal Law* (n. 105), págs. 338 y sig.

118 Recogido en CrimLR 1996, págs. 595 y sig.

119 Llegan a este resultado, por ejemplo, y desde distintas perspectivas, *SK*-Rudolphi, nº 72a previo al § 1; Roxin, FS-Gallas (n. 25), págs. 248 y sig.; Jakobs, *AT*2, 7/59; Jescheck/Weigend, *AT*5, § 28 IV. 4.; Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt* (n. 27), págs. 121 y sig.

120 Sentencia del Tribunal Supremo español 17.9.1993 (RA 6697).

121 Cfr. en el sentido del texto sólo Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt* (n. 27), pág. 122; Jakobs, *AT*2, 7/59; vid., sin embargo, otorgando mayor relevancia a esta circunstancia, por ejemplo, *SK*-Rudolphi, No. 74 previo al § 1.

neutralizar el riesgo inicial—, a pesar de que desde el punto de vista externo no haya interferencia alguna entre la creación inicial del riesgo y la lesión, lo cierto es que desde el punto de vista normativo, la existencia de ese tipo de medidas debe ser tenida en cuenta para valorar la verdadera dimensión del riesgo inicial.

> Poniendo un ejemplo extremo: el hecho de que un corte en un brazo con un cuchillo —supongamos que producido de modo imprudente—, que sangra profusamente, desde el punto de vista externo o médico-biológico pueda perfectamente desencadenar un cierto riesgo de muerte por gangrena si no se desinfecta la herida, no afecta a la consideración que en una sociedad en la que la higiene es un elemento esencial de la medicina —además de una medida de cuidado elemental en este tipo de heridas, conocida por todos—, ese riesgo —suponiendo que la eliminación mediante la simple desinfección es segura—[122] no debe considerarse "ínsito" en el riesgo producido por el corte. En este sentido, que la víctima omita toda desinfección frente a un corte que de modo evidente necesita esa desinfección, o que se revuelque, con la herida aún sangrante, en un estercolero, no debe comportar diferencia alguna. Y ello no supone que se recurra a la mayor o menor "imprudencia" de la víctima: sencillamente, esta posición deriva de la idea de que el riesgo debe definirse también en atención a las medidas de neutralización estándar que existen en determinado momento.

En todo caso, ha de insistirse que en el presente ámbito no se trata de calificar la conducta de la víctima, sino de determinar la concreción del riesgo inicial del que es responsable el autor. En efecto, debe recordarse que en el ámbito de los supuestos que ahora interesan lo que ha sucedido es que se ha impuesto —con la conducta del autor— un riesgo a la víctima. Por ello, el hecho de que la víctima realice una aportación ulterior que incide sobre

122 Como parece claro, no puede imponerse a la víctima —excluyendo, en caso de incumplimiento, la imputación al autor— el "deber" de acudir a medidas de neutralización que sólo de modo casual pueden tener éxito, o a su vez generan riesgos elevados, etc.; vid. en este sentido DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 8), pág. 235.

el riesgo inicial no puede hacer desaparecer sin más la "fuerza explicativa del riesgo".[123]

4. La necesidad de hallar criterios para determinar cuándo un resultado puede reconducirse a una conducta objetivamente imputable también se plantea en supuestos en los que la conducta del autor pone en riesgo un determinado objeto y esa puesta en riesgo es la que conduce a un comportamiento posterior de la víctima que incide de algún modo sobre la lesión final de un objeto distinto al inicialmente puesto en peligro.

En principio, son de interés en este contexto sobre todo supuestos como el llamado caso del incendio.[124] La doctrina se ha ocupado de este grupo de casos bajo la rúbrica "provocación de acciones de salvamento arriesgadas".

De manera esquemática, cabe sintetizar la situación en la doctrina del siguiente modo: un primer grupo de autores afirma que en estos casos no debe producirse la imputación del daño sufrido por quien emprende la acción de salvamento. Llegan a esta conclusión aduciendo, en primer lugar, que en los casos en los que el salvamento no viene impuesto por una obligación jurídica —como en el caso del incendio—, debe cobrar relevancia la idea de la autopuesta en peligro, es decir, la responsabilidad de quien decide

123 En este sentido, con una solución más restrictiva que la aquí propuesta, W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), págs. 451 y sig.

124 BGHSt 39, págs. 322 y sigs.; El acusado había participado junto con otras personas —entre ellas, la posterior víctima— en una fiesta celebrada en una casa. El acusado prendió fuego en la planta superior del inmueble, en la que se encontraban dos personas: el hijo, de doce años, del matrimonio anfitrión, y uno de los invitados, que estaba dormido. Al progresar el incendio, el niño pudo salvarse, mientras que el invitado sufrió una intoxicación por humo que condujo poco después a su muerte. Otro hijo del matrimonio anfitrión, que en el momento de desencadenarse el incendio se encontraba en el exterior —y que había ingerido una considerable cantidad de alcohol—, intentó subir a la planta superior de la casa, en la que quería salvar los bienes materiales o las personas que ahí estuvieran, especialmente a su hermano de 12 años. Llegó al pasillo de la planta superior, en la que cayó al suelo por los efectos producidos por la inhalación del humo, muriendo también él por una intoxicación de monóxido de carbono.

ponerse a sí mismo en peligro al asumir la acción de salvamento. En este sentido, se utiliza el argumento de que de lo contrario habría que llegar a la conclusión de imputar, por ejemplo, a quien se ha puesto a sí mismo en riesgo y provoca una acción de salvamento, la responsabilidad por los daños que pueda sufrir el sujeto que intenta salvarlo. Pues en todos estos casos, en última instancia, se dice, la conducta inicial es una mera causación de una autopuesta en peligro voluntaria.[125] En segundo lugar, alguno de los autores acabados de citar va aún más lejos y propone excluir la imputación del resultado también en aquellos supuestos en los que el sujeto que emprende la acción de salvamento cumple con una obligación jurídica, como puede ser el caso, por ejemplo, de un miembro de cuerpo de bomberos en una variación hipotética del caso del incendio al que se acaba de hacer referencia.[126] En apoyo de esta solución se afirma que en cierto modo también en estas constelaciones se trata de una elección libre por parte de quien realiza la acción arriesgada, ya que al elegir la profesión en cuestión se habrían asumido los riesgos que ésta conlleva. Por otro lado —argumentan estos autores—, la responsabilidad de la colectividad al establecer las normas en cuestión no debe ser trasladada al autor de la creación de riesgo inicial. Además se aducen razones prácticas: el establecimiento de la imputación del resultado conduciría en muchas ocasiones a que el creador del riesgo inicial se abstuviera de llamar ayuda, si tuviera que temer que ello pudiera generar ulteriores responsabilidades jurídico-penales.[127] Por último, también se dice que no

125 Vid., por ejemplo, *S/S*24-CRAMER, § 15 No. 157; SCHÜNEMANN, JA 1975, pág. 722; CASTALDO, *L'imputazione oggetiva* (n. 27), págs. 219 y sig.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente* (n. 27), págs. 554 y sig.

126 Pues en el supuesto de referencia, el salvamento fue emprendido por uno de los miembros de la familia propietaria de la vivienda incendiada.

127 Cfr. en este sentido, con diferencias en la argumentación, sólo ROXIN,, FS Gallas (n. 25), págs. 247 y sig.; BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt* (n. 27), págs. 112 y sigs., 115 y sig.; SCHÜNEMANN, JA 1975, págs. 721 y sig.

parece adecuado hacer responder al autor por un suceso que no está autorizado a impedir.[128]

Frente a este sector doctrinal, aquellos autores que puede considerarse que conforman la opinión mayoritaria[129] sostienen, por el contrario, que en estos casos debe imputarse el resultado a la creación inicial del riesgo por parte del autor.[130] Para estos autores, siempre que el intento de salvamento no "carezca, desde un principio, de toda posibilidad de éxito" y "no conlleve la asunción de riesgos desproporcionados",[131] habrá de imputarse la lesión al autor del riesgo inicial. Desde este punto de vista, se sostiene que el salvador no es libre en su elección de emprender la actividad arriesgada, ya que es en todo caso -también en los supuestos en los que el salvador cumple con un deber- el autor del riesgo inicial el que impone la necesidad de salvamento.[132]

Visto desde la perspectiva de la conducta del autor, también puede decirse que de lo que se trata es de interpretar su conducta para averiguar si "fuerza", en los términos antes esbozados, la posterior de la víctima. Queda claro, entonces, que en lo que se refiere a los supuestos de salvamento arries-

128 Una vez creado el riesgo inicial, el autor no está autorizado a interferir en el intento de salvamento; vid. Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt* (n. 27), pág. 115.

129 Al menos en Alemania, como señala, por ejemplo, W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), pág. 473.

130 Así, por ejemplo, *SK*-Rudolphi, No. 80 y sig. previos al § 1 y ya idem, JuS 1969, pág. 557; *LK*11-Schroeder, § 16, No. 182; *NK*-Puppe, No. 168 y sigs. previos a los §§ 13 y sigs.; Jescheck/Weigend, *AT*5, § 28 IV. 4.; Jakobs, *AT*2, 21/89 y ya *Idem*, ZStW 89 (1977), págs. 15 y sigs., 31 y sigs.; exhaustivamente W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (n. 9), págs. 472 y sigs., 480, 481 y sigs., 484; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr* (n. 9), págs. 202 y sigs., 207 y sigs.

131 Como lo formula el Tribunal Supremo Federal alemán en el caso del incendio al que se viene haciendo referencia en el texto (BGHSt 39, pág. 326); en sentido próximo, por ejemplo, *NK*-Puppe, No. 168 previo a los §§ 13 y sigs.

132 En este sentido, cfr., por todos, *SK*-Rudolphi, No. 80 y sig. previos al § 1.

gado, desde la perspectiva aquí adoptada ha de defenderse la solución diferenciadora propuesta por la doctrina mayoritaria: en efecto, la necesidad del análisis acabado de aludir impide seguir la solución esquemática de no imputación propugnada por el sector minoritario.

Por qué un concepto de ilícito penal sin disvalor de resultado permite una dogmática más racional

Marcelo A. Sancinetti*

Sumario: § I. Introducción; § II. Resultado y suerte moral; § III. Bien jurídico *versus* estabilización de expectativas normativas; § IV. Tentativas *versus* principio de disminución del riesgo: A) La Tentativa peligrosa; B) La tentativa *no* peligrosa; § V. Impunidad por desistimiento: A) El desistimiento de la tentativa peligrosa; B) El desistimiento de la tentativa *no* peligrosa; C) El desistimiento del partícipe; § VI. Las causas de justificación; § VII. Participación; § VIII. Omisión. § IX. Conclusión.

§ I. Introducción

Cuando estaba por graduarme de abogado, o acaso cuando eso ya había sucedido —no lo recuerdo bien—, tropecé con páginas impresionantes de las "Notas autobiográficas" de Albert Einstein. De aquellos párrafos que pude comprender, algunos me acompañaron para siempre. A mí me impresionó enormemente un fragmento cáustico que cada tanto leo a los estudiantes:

* Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires. Profesor honorario de la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina). El presente texto fue formulado como conferencia, dada en Buenos Aires, Corrientes, San Luis y México, D.F., en 2003. El texto carece de referencias bibliográficas. Desarrolla, con algunos argumentos renovados —por ejemplo, construidos a partir del principio de disminuición del riesgo y a partir de la identidad entre quebrantamiento de la norma comisivo y omisivo—, la posición que el autor ha desarrollado en sus dos investigaciones principales de dogmática penal, a saber: *Teoría del delito y disvalor de acción —Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Bs. As., 1991, y *Fundamen-*

"De esta suerte [decía EINSTEIN] —y pese a ser yo hijo de padres (judíos) absolutamente irreligiosos— llegué a una honda religiosidad, que sin embargo, halló abrupto fin a la edad de doce años. A través de la lectura de libros de divulgación científica me convencí enseguida de que mucho de lo que contaban los relatos de la Biblia no podía ser verdad. La consecuencia fue un librepensamiento realmente fanático... De esta experiencia nació la desconfianza hacia cualquier clase de autoridad, una actitud escéptica hacia las convicciones que latían en el ambiente social de turno, postura que nunca volvió a abandonarme... Veo claro que el así perdido paraíso religioso de la juventud fue un primer intento de liberarme de las ligaduras de lo «meramente personal», de una existencia dominada por deseos, esperanzas y sentimientos primitivos. Allá afuera estaba ese gran mundo que existe independientemente de los hombres y que se alza ante nosotros como un enigma

---

tación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa — Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en JAKOBS, Temis, Bogotá, 1995 (hay trad. al alemán de M. CANCIO MELIÁ y otros, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch — Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre vom Günther Jakobs*, Köln y otras, 1995). Una formulación más simplificada de los puntos de vista principales de esas investigaciones puede ser consultada en *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, también Ad-Hoc, Bs. As., 1997; *Ilícito personal y participación*, Ad-Hoc, Bs. As., 1997. Posiciones particulares del autor sobre problemas de teoría del ilícito e imputación objetiva, en *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, en CANCIO MELIÁ/FERRANTE/SANCINETTI, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Ad-Hoc, Bs. As., 1998, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; cf. también *Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales*, en: "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ad-Hoc, Buenos Aires, año VII (2001), págs. 93-150; también en: "Revista de Derecho Penal y Criminología", Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, No. 8 (2001), págs. 207-259; y recientemente en Montealegre Lynett (comp.), *El funcionalismo en Derecho Penal, Libro homenaje al Profesor Günther JAKOBS*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 133-186. Esta última contribución apareció también recientemente como opúsculo autónomo en edición bilingüe, bajo el título: *Dogmática del hecho punible y ley penal — Dogmatik der Straftat und Strafgesetz*, Ad-Hoc, Bs. As., 2003.

grande y eterno, pero que es accesible, en parte al menos, a la inspección y al pensamiento".

Es muy difícil hablar de pensamiento científico en el mundo del Derecho, pero uno pretende que al menos se trate de una disciplina que reconozca algunas reglas, algunos criterios que permitan distinguir lo *correcto* de lo *erróneo*.

Hoy voy a ocuparme de un problema que está en el centro de los prejuicios de la doctrina penal que se repite mayoritariamente y que no tienen nada de correcto, es decir, que forman parte de la "Biblia Penal" que *no puede ser verdad*.

Es sabido que en mis dos investigaciones principales sobre dogmática penal he defendido la tesis de que el hecho punible, reprochable, tiene que ser un suceso *completamente dominado por el sujeto* a quien se le imputa, lo que exceda de ello *es casualidad*.

La ecuación podría desarrollarse así: los resultados de la conducta humana no están completamente dominados por la voluntad; aquella parte del suceso que domina el autor, y que permite el poder imputárselo —para una mente que razona ligada al resultado—, es aquella misma parte que imputamos cuando no hay resultado: la tentativa. Por tanto, la consumación es un concepto excedente. Si esta idea es correcta, tiene que serlo siempre; si el delito imprudente también es un hecho punible, debe serlo en razón de aquella medida completamente dominable por el autor, su comportamiento descuidado; lo que exceda de esto es, de nuevo, *casualidad*. Si existen razones de conveniencia para hacer depender la pena de los resultados, ellas no pueden fundarse en aquello que defina el sentido de un hecho punible.

La Biblia Penal dice lo contrario: la lesión concreta a un objeto de bien jurídico es el fundamento de un hecho punible, toda imputación subjetiva sólo sirve para limitar el alcance de lo que, primeramente, es ya externa u objetivamente imputable. La base son los resultados: principio de *lesividad*. ¡Un error!

Este principio tiene el poder mágico de "convertir el agua en sangre", al igual que en los días de la primera plaga (Éxodo, 7, 14 ss.).

Cuando la víctima de un tiro fatídico está agonizante en el hospital, el autor ya ha hecho todo lo que tenía que hacer; el análisis jurídico-penal de su caso puede empezar aquí y concluir también sin preguntarse por las consecuencias finales. Que la enfermera salga del cuarto y avise del desenlace fatal, o de la recuperación milagrosa, debe ser, desde la perspectiva del sentido jurídico-penal, irrelevante (desde la óptica de un derecho de reparación de daños, naturalmente, sería otro cantar).

La opinión contraria ve lo anoticiado por la enfermera como lo constitutivo del hecho punible. Sería de esperar que un estudiante desprovisto del pensamiento mágico pueda comprender, como el genio de EINSTEIN respecto de algunos pasajes de la Biblia, que eso no puede ser verdad.

Voy a tratar de exponer aquí algunas de las razones contrarias a esa visión errada del principio *de lesividad*, que fija este principio a resultados externos, en lugar de a los cursos dañosos *que habrían* podido producirse. Lo haré seleccionando sólo algunos argumentos, de una paleta bien colorida. Y propongo hacerlo no tanto sobre la base de reflexiones teóricas —aunque de esto también habrá—, sino de la mano de un grupo de ejemplos que muestren intuitivamente la mayor racionalidad de una dogmática desligada de la magia causal, a fin de lograr un "equilibrio reflexivo" (en el sentido de RAWLS) entre intuiciones de justicia y fundamentación racional, que muestre que el resultado de un hecho punible *no puede servir de parámetro de su gravedad.*

§ II. RESULTADO Y SUERTE MORAL

La primera intuición de justicia contraria a la incidencia de un disvalor de resultado en la sanción penal está dada por el rechazo a la incriminación por consecuencias casuales, ligadas al azar.

Contra esto se suele aducir el siguiente argumento: Quien quisiera erradicar toda dosis de azar de la imputación penal tampoco podría considerar

voluntaria o *no casual* a la tentativa, porque —así se piensa— que el autor haya superado los actos preparatorios y comenzado la ejecución o dado tal o cual paso de acción *también* se debe al azar de *no haber fracasado* prematuramente. Este argumento se encuentra en autores de peso, como Paeffgen, Puppe y Jakobs. En la Argentina se ha hecho eco de él Zaffaroni.

Pero se trata de un argumento muy equivocado. En las discusiones entre determinismo y libre albedrío, los no deterministas nunca pretendieron decir que la libertad de voluntad se diera sin acompañamiento de factores o bien fortuitos, o bien, ya determinados. En este sentido, durante el desarrollo de una tentativa *también* se da una dosis de azar. Pero si se le atribuye un valor numérico a esa *casualidad* (digamos 9 puntos sobre 10), de todos modos se distingue allí *un* punto *no determinado*, producto de la libertad de voluntad. Sólo *esta* unidad puede ser objeto de un juicio de reproche: las decisiones y subdecisiones de pasos de acción que son producto *de la libertad de acción*. El resto *no* entra en el juicio de reproche.

En cambio, a partir del momento en que el autor ha llegado al límite *de la tentativa acabada* —es decir, después de asumir que con lo hecho por él (en la comisión) o con lo que dejó transcurrir (en la omisión) *ya puede serle imposible impedir la consumación*—, sólo restan factores casuales, de azar, falta *todo* componente voluntario: ya no habrá ni un céntimo de motivación defectuosa, entonces, nada para imputar.

La razón decisiva de una intuición de justicia que rechaza la incriminación por suerte moral reside en que a partir de cierto estado de cosas, o bien se produce la consumación, o bien no se produce por casualidad, sin que haya ningún ingrediente de libertad de voluntad al que pueda atribuirse la diferencia. Dicho de otro modo: la diferencia no consiste en que en la tentativa no acompañe un factor casual, sino en que en la consumación ya no acompaña un factor de libertad de voluntad.

§ III. BIEN JURÍDICO *VERSUS* ESTABILIZACIÓN DE EXPECTATIVAS NORMATIVAS

La opinión dominante ve el sentido de evaluar el disvalor del resultado exterior como emanación de la doctrina del bien jurídico. Se presupone aquí que el Derecho Penal tiene el fin de proteger bienes jurídicos y que esto llevaría, así se supone, a que haya que valorar la producción del resultado efectivo del hecho contrario a la norma.

Es sabido que esa no es la explicación de JAKOBS al sentido de la pena estatal. Ésta tiene el fin primordial de asegurar las expectativas normativas, ratificar la vigencia de la norma contra el quebrantamiento producido por su infractor. Con esta teoría la irrelevancia del disvalor de resultado debería caer como fruto maduro por su propio peso, por más que JAKOBS no haya extraído esta consecuencia (obligatoria). Él sigue ligado a la visión naturalista de atribuirle un carácter al disvalor de resultado; y confiesa en un lugar recóndito de su obra: "los delitos de resultado obligan, por la misma noción de resultado, a un mínimo de naturalismo". Si uno se centrara en lo puramente imputable (decisiones de libre voluntad), en lugar de admitir *falacias naturalistas*, la consecuencia debería ser segura: ¡*no* al disvalor de resultado!

Pero tampoco la teoría dominante que ve el sentido del Derecho Penal en la protección de bienes jurídicos tiene cómo justificar una conclusión distinta. WELZEL decía correctamente que el Derecho Penal siempre llega tarde para proteger bienes jurídicos. Si el Derecho Penal puede cumplir una función de protección física, es decir, si es que disuade a alguien en un sentido de prevención general *negativa*, sólo será para las futuras violaciones a la norma, no para el hecho pasado, en que la norma ya fue quebrantada y no logró ninguna disuasión. Y sucede que en el futuro se hallan por igual tanto los hechos que serán consumados, como aquellos que quedarán frustrados en tentativa: al momento de la motivación defectuosa el autor no tiene cómo saber si su hecho integrará un grupo o el otro, sólo sabe que se motiva en contra de la expectativa de conducta y presupone la posibilidad de consumación.

El principio *de lesividad*, pues, correctamente entendido, no debe mirar a la lesión ocurrida, sino a la lesión que *podría producir un comportamiento de la clase a la que pertenece la conducta del autor*, es decir, la tendencia a la creación de un riesgo reprobado, no la producción del resultado en sí.

§ IV. Tentativa *versus* principio de disminución del riesgo

A) La tentativa peligrosa

Presentaré ahora una selección de problemas a los que conduce una visión resultatista del ilícito, es decir, una explicación que se permite reprochar la motivación al autor también según factores dados *ex post*.

Partiré del principio de la disminución del riesgo, debido a Roxin, porque este principio de la teoría de la imputación objetiva tiene una amplia aceptación entre los juristas que le atribuyen, al disvalor del resultado, una función. Mi tesis reza: este principio es incompatible con la agravación de la pena por las consecuencias.

El principio de atipicidad por *disminución del riesgo* dice, si se me permite simplificarlo mucho, que *no produce un resultado objetivamente imputable* aquel que si bien causa el resultado, ha *disminuido* en verdad un riesgo inicial ya existente. El ejemplo de Roxin es el siguiente: **A** ve que una enorme piedra va a dar en la cabeza de **B** con el consiguiente peligro de muerte; él no puede evitar que la piedra alcance a **B**, pero sí desviarla a otra parte del cuerpo en que el golpe sea menos peligroso. El resultado causado por **A** no es imputable, porque, según una consideración *ex ante*, **A** ha reducido el peligro de muerte. Esto quiere decir que la solución se mantiene inalterada aunque la piedra, al caer, por ejemplo, en el hombro, en lugar de en la cabeza, mate de todos modos a **B**.

Ya *intuitivamente* tendría que verse como un problema que un derecho penal que se considera *más justo* o *más garantista* por valorar los cursos causales posteriores a la acción, se permita tener reglas de exclusión de la

imputación por consideraciones *ex ante*: Pues un curso real que conduce al resultado es por definición un riesgo que, *ex post*, es *mayor* que el riesgo que hipotéticamente podía causar el mismo resultado: un curso real dañoso es siempre más grave que un daño hipotético.

Desde luego que yo estoy de acuerdo en que sea atípico, ya *ex ante* y con valor irrevocable, el disminuir riesgos que ya existen. Pero esto contiene el germen de destrucción total de una dogmática que, en los demás casos, sigue ligada a la cuantificación del ilícito por medio de resultados.

Veamos, si no, el siguiente caso.

A y B, sin conocimiento, cada uno, de la acción del otro, están apostados en ventanas de edificios distanciados entre sí, para matar a X, que pasará entre ambos ejecutores en un automóvil conducido por C, que no sabe nada del atentado. Asumamos que A fuera un tirador muy superior a B y que hubiera cualesquiera otras diferencias que aumentaran la capacidad de resultado de la acción de A respecto de la de B. Imaginemos ahora que el conductor C, que está a punto de acercarse al lugar del conflicto, recibiera de pronto un mensaje electrónico que le informara del plan de A y de B y de las diversas circunstancias que fundamentan el mayor peligro de la acción de A respecto de B, pero que C no pudiera de hecho detener su vehículo ni acelerar de golpe por cualquier razón —se hace manifiesta una inesperada rotura de los frenos, hay personas delante que acompañan el cortejo y por ello no se puede acelerar de golpe, etc.—.

Por aplicación del principio de disminución del riesgo, C realizaría una acción atípica si, de dos vías de circulación posibles, escogiera aquella que alejara a la víctima de A y la acercara a B. Supongamos que la acción de A, *aun así*, siguiera siendo *ex ante* más riesgosa que la acción de B —aunque menos riesgosa de lo que era antes—, pero que de todos modos resultara *ex post* que B, a pesar de su incompetencia, hubiera acertado igualmente en el blanco —por ejemplo, porque un repentino movimiento de cabeza de la víctima hubiera conducido al acierto de B y a que fallara A—.

Este ejemplo demuestra, ya *intuitivamente*, que algo tiene que andar mal en un Derecho Penal de resultados, que de todos modos conoce una *atipicidad por disminución del riesgo ex ante*. Porque ¿cómo puede ser correcto que un tercero (C) tenga permitido acercar a la víctima hacia B, por ser B menos peligroso que A, y que este juicio de valor quede irrevocable para C, aun en caso de consumación de la acción de B, si, al mismo tiempo, se pena a B con mayor gravedad que a A por haber *consumado* el delito?

Una misma sentencia dice simultáneamente que no había nada mejor, al momento del hecho, que acercar a la víctima a B, y alejarla de A: esa es la razón que conduce a la absolución de C; pero al mismo tiempo la sentencia pena a B, por el hecho de haber acertado, con mayor gravedad que a A.

No hay ninguna forma de eludir esa contradicción. B tendría que tener también, al igual que C, el derecho irrevocable de que su menor capacidad de agresión inicial se viera reflejada en la cuantificación de su ilícito, con menor pena que la impuesta a A. Pero esto sólo es posible si una tentativa puede ser más grave que un hecho al fin y al cabo consumado; más breve: si la consumación no le agrega nada ni al ilícito ni a la culpabilidad.

Por ello, el principio de ROXIN de la disminución del riesgo —que tiene un paralelo en la teoría de JAKOBS en la llamada distinción entre *creación de un riesgo* y *modificación de circunstancias acompañantes dentro de un riesgo ya existente*—, habla en favor de que *toda* cuantificación del ilícito deba juzgarse *ex ante*, porque así como debe juzgarse *ex ante* la cuestión de si un riesgo es reprobado o permitido, así también debe juzgarse *ex ante* la cuantificación de un riesgo que ya se conoce como reprobado.

Ha dicho JAKOBS en San Pablo a comienzos de 2003, en el contexto de la fundamentación de la posición de garante por injerencia: "la única cuestión decisiva es la de si la conducta debe ser enjuiciada como antijurídica en el momento en el que es realizada en virtud de la peligrosidad que muestre ya en ese momento". Pues bien, lo que vale para establecer la posición de garante también tiene que regir para mensurar *la gravedad* de lo antijurídico: es decisiva la peligrosidad al momento de la acción. Si esto se

pudiera alterar por el curso *ex post*, se abandonaría el principio de *la peligrosidad al momento de la acción.*

B) La tentativa *no* peligrosa

Se podría decir, todavía, que el argumento fundado en el principio de la disminución del riesgo podría valer para parificar la tentativa *peligrosa* con la consumación, pero que, en cualquier caso, haría falta que la tentativa fuese al menos *idónea*, justamente, "peligrosa". La tentativa inidónea, por acabada que fuese, tendría que ser —así razonaría un objetivista— o bien *impune* o bien *inferior* a una consumación.

Concedo que es más fácil fundamentar la equivalencia de una tentativa acabada y un delito consumado cuando la tentativa es peligrosa que cuando es inidónea, porque mientras que la tentativa peligrosa satisface todas las nociones existentes de "tentativa", la tentativa que no genera ningún peligro externo no es, para una opinión muy difundida, ni siquiera *un ilícito*; difundida, sí, pero errada.

La pregunta acerca de si una conducta viola una norma o no (es decir, si crea un riesgo reprobado) depende de la *perspectiva* desde la cual sea juzgada esa conducta. El autor sólo tiene su propia perspectiva y no tiene otra forma de ver los hechos que con sus propios ojos. Cuando él intenta el hecho por una vía que casualmente no puede ser exitosa en el caso concreto, por ejemplo, porque un cómplice le ha cargado su arma con proyectiles de utilería, realiza una acción que pone en cuestión la vigencia de la norma: por medio de la acción de disparar el gatillo de esa arma el autor expresa que la norma que prohíbe el homicidio *no rige para él*, del mismo modo que lo expresaría si el arma hubiera sido cargada con proyectiles eficaces.

Se suele recurrir en este contexto a la figura de un "observador objetivo", cuya perspectiva debería reemplazar a la perspectiva del autor, que proponemos los subjetivistas.

Lo problemático de esta "solución de necesidad" reside en *cuál es la base de conocimiento* que se le atribuye al observador objetivo. Si se lo

imagina como un ser *omnisciente*, que *lo sabe todo*, habría que abrogar totalmente la punición de la tentativa, y volver, como en el derecho antiguo, a la punición exclusiva del hecho consumado. Porque un sabelotodo sabría también, precisamente, que el arma no está apuntada con precisión a la cabeza, o incluso que la víctima piensa mover la cabeza, etc., y que, por ello, el disparo *fallará*. Si, en cambio, se permite sustraer de la cabeza del observador objetivo algunos conocimientos, la pregunta es la de *qué conocimientos le quedarían*. ¿Tendría que saber él —lo que no sabe el autor— que el cómplice le puso al arma, por error u otra razón, balas de utilería? ¿Cómo se aplicaría el principio de disminución del riesgo para el tercero que pudiera influir en si la cabeza de la víctima se enfrentará a un arma poderosa o a una débil? ¿Debería saber él cuál de las dos armas está cargada si no tiene ningún dato externo que le dé una "pista"?

La expresión de sentido que hay que juzgar es *la del autor*. Él se expresa con su conducta en contra de la validez de la norma (o no). Podríamos imaginarnos esta comunicación como un mensaje que el autor le enviara al derecho, por ejemplo, "un *mail*". Él le diría: "en este momento pienso matar a un hombre". El derecho le contesta: "eso sí que está mal; ¿y cómo piensas hacerlo?". "Voy a apuntar certeramente a la cabeza de la víctima, con el arma que mi cómplice acaba de cargar y dispararé hasta vaciar el cargador". Si el autor termina haciendo realmente *eso*, su comunicado pondrá en cuestión completamente que la norma que prohíbe el homicidio rija para él. El quebrantamiento de la norma estará perfecto.

Esto se puede sostener incluso en los códigos penales que exigen un "peligro objetivo" para la punición de la tentativa (que de todos modos no es el caso del código argentino), si primeramente se asume, en el campo *de la filosofía práctica*, que *esa* solución es la solución justa y razonable. Porque la voz "*obje*tivamente" puede ser interpretada en el sentido de "según el ordenamiento jurídico", es decir, "*norma*tivamente". Y normativamente es *muy* peligroso que alguien dispare un arma contra otra persona, cuando cree —con buenas razones además—, que *está* cargada.

Veamos de nuevo por vía de ejemplos, con efectos *intuitivos*, si es razonable la creencia de que la tentativa externamente *no* peligrosa debe ser impune, o que la cuantificación del ilícito de la tentativa depende del grado de peligro exterior alcanzado, etc.

Ejemplo: El enfermero de un hospital quiere envenenar a un paciente, poniendo en su comida un producto que por grosero error de información considera venenoso. Para no ser descubierto, el enfermero realiza a oscuras la maniobra; pero, al querer tomar de un armario el frasco en el que supone que está el producto que él considera mortal, *se equivoca de frasco*, y toma otro que por razones puramente fortuitas tiene realmente efectos tóxicos para ese paciente. El paciente muere envenenado.

Esa tentativa es realmente muy peligrosa desde el punto de vista "externo"; tan peligrosa es *que el paciente muere efectivamente*. Pero las razones por las cuales es peligrosa *no son conocidas por el autor*, mientras que las razones por las cuales él cree que su proyecto es peligroso *están infundadas*.

El ejemplo puede invertirse. Ahora el enfermero tiene razones fundadas para creer que el medicamento que pondrá en la comida del paciente es tóxico para él. Pero, por un error del laboratorio, el producto está en realidad vencido y ha perdido sus originarias cualidades tóxicas para ciertos pacientes, cuando, sin embargo, externamente el producto tiene marcada una fecha *no* vencida. El enfermero intenta el hecho; la víctima no muere. En este caso, el proyecto de acción, el comunicado del autor, es mucho más grave que en el anterior, porque el autor tiene motivos *fundados* para creer en la nocividad de su proyecto de acción; pero una opinión objetivista posiblemente penaría sólo al primer enfermero, cuando, si hubiera que penar a uno solo, habría que penar al segundo.

Para ambos casos, sin embargo, aunque en grados distintos, vale lo siguiente: *es objetivamente peligroso* que un sujeto intente un homicidio con un producto que por alguna razón a él le parezca tóxico, salvo que sus razones sean completamente *irracionales*. En esta interpretación, "objetivamen-

te peligroso" quiere decir que la acción pertenece a una *clase general* que debe ser reprobada: *acciones de esta clase deben ser estigmatizadas como incorrectas*, para ratificar la vigencia de la norma.

§ V. Impunidad por desistimiento

A) El desistimiento de la tentativa peligrosa

También la dogmática de la impunidad por desistimiento de la tentativa puede ser elaborada de modo racional sólo si se desprende de la magia del dogma causal.

Para hablar de impunidad por desistimiento, la opinión corriente sigue fiel a un modelo resultatista. Lo único que importaría —más allá de la "voluntariedad" del desistimiento— sería que el autor impida el resultado; *cómo*, *cuándo* y *con qué seguridad* sería indiferente, mientras él pueda invocar que ha causado la evitación. Es lo que Jakobs denominó despectivamente el dominio de la cláusula burda: "final bueno, todo bueno". Con esta fórmula aparecen contradicciones valorativas insuperables.

Pues, en la opinión corriente, las medidas de evitación que podrían neutralizar el riesgo sin seguridad mantienen el hecho como tentativa punible si son predispuestas *antes de la ejecución del hecho*, pero conducen a la impunidad por "desistimiento", en tanto haya un final feliz, si son empleadas *después*.

Ejemplo: El médico inyecta el virus de inmunodeficiencia adquirida a una persona para probar el efecto de una vacuna que está tratando de elaborar. En la medida en que la vacuna no descarte todo riesgo de que el virus produzca la muerte, la doctrina dominante debería admitir una tentativa punible si la vacuna fue puesta *antes* de la inyección; si, en cambio, es aplicada después (como antídoto), la opinión corriente tendría que reconocer que la vacuna implicó un desistimiento, mientras no se haya producido el resultado, y en tanto existe al menos la posibilidad *(in dubio pro reo)* de que la vacuna haya neutralizado la enfermedad y evitado la muerte. Esta solución diversificada no se puede justificar, porque el momento de aplicación de la

vacuna no puede fundamentar la diferencia valorativa entre ambas soluciones.

Otra contradicción se muestra por la dogmática del delito de omisión. Pues quien genera un riesgo no permitido es el prototipo del garante por injerencia; si él no emplea la mejor capacidad de evitación a su alcance, consiente en la subsistencia de un riesgo restante. Pero si el autor neutraliza el riesgo por una vía de salvamento que reconoce como insegura frente a otra más eficiente que deja conscientemente de lado, aun cuando con esto *impedirá la producción del resultado*, ya no podrá hacer desaparecer el riesgo (fracasado, ya perdido, abandonado al azar ["frustración", en la antigua doctrina española"]) de que el resultado *se produjese de todos modos*.

Esto es lo que ocurre en los llamados casos de desistimiento mezquino.

Ejemplo: El marido abandona, muy cerca de un hospital, a la mujer recién envenenada por él, con la esperanza de que sea hallada, asistida y salvada, pero no se anima a llevarla adentro, por temor a ser descubierto; la mujer es recogida por un transeúnte que la lleva al hospital, donde la mujer es salvada *in extremis*. El marido *ha puesto* una causa determinante del salvamento: ¿debe quedar impune porque el curso que él emprendió después de la tentativa condujo al fin y al cabo a un salvamento exitoso? Lo cierto es que él ha omitido el mejor salvamento a su alcance, siendo garante, y esta tentativa por omisión no está desistida: es un riesgo abandonado al azar.

Contra ambas contradicciones valorativas rige la siguiente formulación de JAKOBS: *un peligro que es suficiente para la tentativa si el autor lo crea a sabiendas, excluye el desistimiento si el autor lo mantiene a sabiendas.*

Pero dado que la pérdida consciente del control de evitación de la consumación *implica por definición* el mantenimiento a sabiendas de un riesgo no dominado, la tentativa acabada ya no puede ser desistida. En contra de la opinión dominante, JAKOBS admite el desistimiento de la tentativa acabada sólo si el autor se ha reservado desde el comienzo una posibilidad segura de revocar el riesgo y emplea esa posibilidad. Lo que en realidad

ocurre en este caso es que la tentativa recién acaba en el momento omisivo: cuando el autor no emplea su posibilidad segura de revocación. Tentativa inacabada es, pues, la creación de un riesgo reprobado que aun está bajo el control del autor.

Esta solución es perfectamente compatible con el Código Penal argentino, si uno repara en que el artículo 42, siguiendo la fórmula francesa del Código Napoleón, impone que sea penado por tentativa quien *comienza la ejecución y no la consuma por circunstancias ajenas a su voluntad.* Y aquel que ya ha abandonado al azar la posibilidad de un riesgo de consumación, sin reservarse una posibilidad segura de revocar el riesgo, ha llegado a un punto en el que, si el resultado no se produce, será por circunstancias ajenas a su voluntad. Que después él recupere una posibilidad de influir en el curso será, como dice Jakobs, "un comportamiento posterior al hecho", que ha de influir en su favor en la medición de la pena; no es, en cambio —como debe ser el desistimiento—, una redefinición del quebrantamiento de la norma —pues éste ya ha quedado en el pasado, irrevocable—.

Ahora bien, si, como dice Jakobs, sólo hay posibilidad de desistir mientras el autor gobierne todos los riesgos de consumación, es decir, durante la tentativa inacabada, y después de eso sólo habrá, en el mejor de los casos, un comportamiento posterior al hecho a computar en la medición de la pena, será porque "el hecho" jurídico-penal *es* la *tentativa acabada.*

B) El desistimiento de la tentativa *no* peligrosa

Lo mismo vale para el desistimiento de la tentativa inidónea.

La jurisprudencia alemana antigua negaba el desistimiento de la tentativa no peligrosa, porque, en ésta, el autor no podía impedir el resultado. La teoría y jurisprudencia posterior crearon la noción del "esfuerzo serio", según la cual el autor podía desistir, mientras no se percatara de la inidoneidad, en tanto hiciera un esfuerzo serio por evitar la consumación, y ésta es la razón del actual § 24 párr. 1o., 2a. frase, StGB (reproducido ahora en el artículo 34, inciso 1o., Código Penal paraguayo).

Pero, al requerir un "esfuerzo serio", se exige mucho más para el desistimiento de la tentativa inidónea, que para el de la idónea, pues, aquí, como vimos, la comprensión tradicional se conforma con un desistimiento al fin y al cabo exitoso, aunque el esfuerzo sea magro. Con la aparición de casos de "desistimiento mezquino", pero al fin y al cabo exitoso, parte de la doctrina ha pretendido generalizar el criterio del "esfuerzo serio" como un requisito general de la impunidad por desistimiento: el llamado "esfuerzo óptimo". Pero "esfuerzo óptimo" sólo sería el abstenerse de perder el control sobre la indemnidad del objeto del hecho, es decir, ¡no llegar a la tentativa acabada!

Claro que esta crítica sólo cabe para la doctrina dominante, que reconoce la punibilidad de la tentativa inidónea; para un objetivista que no reconociera en absoluto el ilícito de una tentativa de esa índole, desaparecería el problema de un desistimiento incongruente con el de la tentativa idónea.

Para el criterio aquí defendido es *todo coherente*: el autor de tentativa puede desistir mientras, a su juicio, domine todos los riesgos de consumación y el medio que emplee para desistir sea para él seguro para impedir la consumación, con independencia del carácter originariamente peligroso o no de su tentativa.

C) El desistimiento del partícipe

Con lo dicho puede ser intuida la solución posible para el desistimiento de los partícipes: el partícipe debería ser punible siempre que no se haya reservado una posibilidad segura de revocar su aporte o de neutralizar el riesgo a crear por el ejecutor directo.

§ VI. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Con relación a la dogmática de las causas de justificación, señalo tan sólo que únicamente trasladando a los tipos permisivos una perspectiva *ex ante* del ilícito penal, se puede explicar sin contradicciones el funcionamiento de las causas de justificación.

En el plano de la tipicidad, la opinión corriente, como se vio, cree poder hacer una gradación, de menor a mayor, entre tentativa inidónea, idónea y consumación. Ya vimos qué mal se lleva esto con el principio de disminución del riesgo, mas lo que vale para el principio de disminución del riesgo vale por igual, naturalmente, para la *sustitución* del riesgo, propia del estado de necesidad.

Pues ahora quiero destacar algo distinto. Y es que esa gradación de 3 niveles es intrasladable a las causas de justificación. En lo que sería el paralelo de una tentativa inidónea, es decir, el intento de salvamento realmente inidóneo por no darse la situación de justificación —por ejemplo, el autor cree que una persona está en peligro y por eso rompe un vidrio—, la opinión corriente cree poder arreglárselas con considerar antijurídica la conducta y remitir al autor a la exculpación por error sobre presupuestos justificantes. Esto se vuelve contradictorio cuando el autor es un garante que está obligado a emprender un salvamento ya con representarse la situación de justificación.

Ejemplo: El bombero cree con buenas razones que una mujer puede estar ahogándose en un cuarto de baño situado a gran altura; la mujer, en realidad, no está en ese lugar. Si él no emprende una tentativa de salvamento a costa de romper lo que sea necesario, cometerá una tentativa de homicidio por omisión. Pero, entonces, no puede ser que si emprende el salvamento rompiendo lo que sea necesario cometa un ilícito de daños sólo exculpable por error sobre presupuestos justificantes.

La solución correcta reza: su tentativa de salvamento *ya excluye su ilícito doloso* de daños o de otra clase. En caso de una representación de las circunstancias justificantes por error evitable, responderá, si el tipo penal respectivo lo permite, por imprudencia (por ejemplo, no en caso de delito de daño).

Más clara es aun la imposibilidad de trazar un paralelo entre *tentativa con posibilidad de lograr un salvamento* —que sin embargo no se logra— y *"salvamento consumado"*. Porque las causas de justificación con elementos

prospectivos (legítima defensa y estado de necesidad), son tipos permisivos de resultado recortado, es decir, que la acción de salvamento *ya está justificada con la acción correcta tendente al salvamento*, aun cuando el salvamento, al fin y al cabo, no llegue a lograrse.

Ejemplo: X está por matar a Y. Fulano lo advierte e intenta una defensa; de hecho no lo logra: X mata a Y porque la acción de Fulano quedó en tentativa (justificada, a pesar de no haber logrado ningún *valor* de resultado).

Esto explica cómo debe resolverse el problema de la falta de elementos subjetivos de las causas de justificación, es decir, el caso en que están presentes los presupuestos objetivos de una causa de justificación, supongamos, la legítima defensa, pero el autor actúa contra el agresor sin reconocer su necesidad de intervenir para repeler una agresión.

La opinión corriente cree poder darle un efecto a un "valor de resultado" aislado de salvamento, de tal modo que se pueda disminuir la pena por tentativa, cuando el autor, por casualidad, ejerce externamente una legítima defensa cuya necesidad no había reconocido.

Esto es equivocado, ya por el hecho de que no es un elemento del tipo objetivo (permisivo) de legítima defensa el salvarse de la agresión, sino el emprender *ex ante* una defensa razonable.

Lo demuestra del mejor modo una variación del ejemplo anterior; de este modo: X está por matar a Y. En ese momento llega Fulano, que no se da cuenta de la agresión, pero, por el deseo que tiene de eliminar a X, lo mata de tal forma que, si hubiera reconocido la situación real, habría estado justificado para *intentar* el salvamento de Y. Ocurre que X, al caer al piso, antes de morir, alcanza a disparar y matar igualmente a Y.

Si uno dice que en caso de que falte el elemento subjetivo de justificación hay que disminuir la pena como si hubiera una tentativa, llegará aquí a la extraña consecuencia de que se disminuye la pena de Fulano cuando, si él no hubiera actuado, habría a lo sumo *un solo* muerto, mientras que, por su acción, ahora hay *dos* muertos. ¿Qué tentativa sería ésta? Si, en cambio, se

quiere recurrir a una "solución de necesidad" y se dice de pronto que en caso de que *no* se logre el salvamento hay que penar por consumación, se tendrá la siguiente inconsecuencia, a saber: que si Fulano hubiera reconocido la situación real, habría podido intentar un salvamento de **Y**, matando a **X**, aun cuando al fin y al cabo *Y* muriera de todos modos. Pero, entonces, el tipo objetivo permisivo está presente, porque la legítima defensa no requiere ningún salvamento efectivo. Lo que sí requiere es un intento de salvamento razonable.

§ VII. Participación

Con relación a la dogmática de la participación, trataré sólo un aspecto particular: el llamado principio de *accesoriedad*, que a mí me parece un principio groseramente equivocado, tanto en su dimensión de la accesoriedad interna, como de la externa.

"Accesoriedad *interna*" significa que el ilícito del partícipe deriva del ilícito (si se sigue la llamada "accesoriedad *limitada*") o del ilícito-culpable ("accesoriedad *máxima*") del autor principal. "Accesoriedad externa" significa que la punibilidad de un partícipe requiere *el comienzo de ejecución del hecho principal*.

Sostengo la tesis siguiente:

Sólo una dogmática de la participación sin principio de accesoriedad, que evalúe en forma aislada lo ilícito del comportamiento de cada interviniente, puede llevar a soluciones justas.

Volvamos al principio de *la disminución del riesgo*. Asumamos ahora que el conductor **C** de nuestro ejemplo inicial es un coautor que se ha puesto de acuerdo de antemano con **A** y con **B**, en llevar a ese lugar a la víctima **X**. Si nos imaginamos ahora que un sujeto **D** pudiera darle instrucciones a **C** durante la ejecución, de tal modo que lo indujera a acercarse a alguno de los dos tiradores y alejarse del otro, **D** realizaría *un aporte atípico*, por el principio de *la disminución del riesgo*, si le diera a **C** la instrucción de acercarse a **B**, tan atípico como atípica era la acción de **C** en el caso-base. Ahora, en

cambio, *C* es coautor simultáneamente de un homicidio consumado por B, y de una tentativa acabada de A. D, por el contrario, hace un aporte que *no es típico*, porque él *ha disminuido el riesgo ya existente*. Si el ilícito del partícipe se rigiera por el ilícito del autor, habría que concluir que D *es cómplice*, porque, en esta variante, C, sin duda, tiene que responder como coautor de A y de B.

Este problema puede verse con más claridad con una variación del conocido caso de ENGISCH de los dos bastones, que convertiremos en bates de béisbol. A y B alcanzan cada uno sendos bates de béisbol a C para golpear a X. ENGISCH daba un caso similar a éste para recomendar que no había que aplicar la teoría de la *conditio sine qua non* de tal forma que se razonara así: B podría excusarse diciendo que si él no le hubiera dado a C el bate propio, C de todos modos habría golpeado a X con el bate de A, de modo que el resultado se produciría igualmente, y, entonces, B no sería causal. La fórmula se corregía diciendo: no hay que agregarle al caso las condiciones efectivamente no realizadas.

Sí, por cierto: hay causalidad del aporte de B; pero el problema real del caso no es *la causalidad* de B, ni la de A, sino, nuevamente, *de imputación objetiva*, respecto de aquel sujeto que le haya alcanzado a C el "segundo bate" (supongamos, B).

Partamos de la base, en efecto, de que A ya le ha dado su bate a C, para que golpee a X, después de lo cual B también le entrega a C el bate propio, bate que, sin embargo, es *más liviano* que el bate de A. Si presuponemos que C, en cualquier caso, sólo pensaba golpear a X con un solo bate y lo hace de hecho únicamente con el bate de B, lo cierto será que B habrá *disminuido* el riesgo de lesión ya existente —o bien, dicho a la manera de JAKOBS, habrá producido una modificación irrelevante dentro de un riesgo ya existente (o, también se puede decir: ha *sobre*condicionado un resultado ya condicionado: él le dio un palo a quien ya tenía un palo, mientras que A, en cambio, le había dado un palo a quien, en ese momento, no tenía *nada* para agredir a *X*)—.

Por el principio de disminución del riesgo uno podría defender perfectamente la tesis de que B ha realizado, también en este caso, *un aporte atípico, aunque el autor haya golpeado a la víctima con el bate de* B *y sea por eso autor de lesiones u homicidio* —o *de tentativa* de lesiones o de homicidio, si, por ejemplo, X alcanzó a apartar la cabeza cuando vio venir el golpe—. Lo insatisfactorio es que A tampoco pueda ser penado por falta de un aporte al hecho efectivamente ejecutado: esta solución insatisfactoria es producto del principio de accesoriedad: de hecho, C no ha golpeado a X con el bate de A; pero mientras que B había *disminuido* el riesgo ya existente, A había creado un riesgo todavía *no existente*. Una dogmática racionalista y desligada del tabú de la sangre debería penar a A como cómplice y dejar impune a B, y ello, con independencia de que C dé efectivo comienzo de ejecución al hecho *o no*.

A pesar de que Jakobs sostiene a ultranza el principio de accesoriedad, ofrece un ejemplo, en el capítulo de justificación, que hace trizas ese principio —a primera vista, sólo destruye la accesoriedad *interna*, pero, "a segunda vista", también la *externa*—.

Veamos.

X viene a atacar a A en clásica agresión ilegítima, apta para dar lugar a una legítima defensa. A podría defenderse de modo absolutamente suficiente *con un palo* —acépteselo así como presupuesto— y también podría defenderse *con un cuchillo*, pero esto sería más peligroso y no sería estrictamente necesario, si A tuviera realmente un palo. Ocurre que A no tiene ni palo ni cuchillo. Pero B, que está a su lado, tiene un palo *y* un cuchillo. Le oculta a A el dato de tener un palo, y le da el cuchillo. A se defiende de la agresión de X con el cuchillo de B = hay legítima defensa por parte de A (justificación [indiscutido]).

B, en cambio, *hace un aporte prohibido*, porque si bien él *podía participar* en la legítima defensa, habría debido darle a A *el medio menos lesivo*: en este caso: el palo. Jakobs resuelve este caso justamente así, con el argumento sorpresivo de que la necesidad del medio empleado en la legítima

defensa debe juzgarse *por separado con relación a cada participante*. Este circunloquio no puede ocultar que *se pena a un cómplice por su aporte a un hecho principal que no es antijurídico*. La solución de JAKOBS es correcta, a mi juicio, pero también demuestra que la accesoriedad *interna* es un error: el ilícito del partícipe es individual: *se puede ser cómplice antijurídicamente de un hecho principal justificado*.

Ahora bien, si todo lo que viene después del aporte de B está justificado (es decir, A puede usar el cuchillo de B, sólo que B no debió darle el cuchillo), ¿por qué habría que "esperar" al comienzo de ejecución de A para penar a B, si de todos modos el comienzo de ejecución de A es un hecho *justificado*? Esperar aquí al comienzo de ejecución sería tan razonable como esperar a que lloviera. Lo ilícito de B reside en haber armado —*más allá de lo que era necesario*— a un sujeto que *estaba en condiciones de ejercer una legítima defensa*. Qué pase realmente con el hecho principal no puede incidir en absoluto en el hecho de B; por tanto, tampoco habría por qué esperar al comienzo de ejecución de A o a que A se decida entre soportar la agresión o ejercer efectivamente legítima defensa.

§ VIII. OMISIÓN

Para terminar, sólo dos palabras sobre el ilícito de la omisión.

Así como en JAKOBS es un concepto central partir de la base de que la pena tiene por misión el estabilizar expectativas de conducta, ratificar la vigencia de la norma quebrantada, así también es un principio esencial de su doctrina el sostener que no hay ninguna diferencia esencial entre la responsabilidad por acción y por omisión.

Yo estoy de acuerdo con este principio, pero este principio sólo puede sostenerse si se acepta que *la causación no* es relevante para el ilícito penal, es decir, si el ilícito se explica *sin* disvalor de resultado.

Para imputar un resultado a una omisión, la opinión corriente parte de la base de un nexo hipotético. El resultado sería imputable sólo si al imagi-

narse mentalmente la realización de la acción omitida se puede afirmar con una probabilidad lindante en la certeza que el resultado se habría evitado.

Incluso en caso de esta cuasi-seguridad, un curso hipotético no puede estar nunca, *per definitionem*, en el mismo rango de causación que un curso real. Esto se ve más claro aun cuando la hipótesis no ofrece una probabilidad muy alta.

Dado que la conexión con la que se explica la imputación del resultado en los delitos de omisión se basa en una hipótesis, el disvalor comprobado del ilícito es siempre, en el mejor de los casos, el de una tentativa idónea.

Ejemplo: Si, en un hecho de comisión, el autor vierte en la comida de la víctima un veneno que en un 25% de los casos puede ser mortal, pero en el caso concreto se comprueba que la víctima murió efectivamente de *ese* veneno, habrá *imputación por un hecho consumado*. Mientras que, paralelamente, en un hecho de omisión en el que la acción de salvamento omitida habría podido evitar el resultado en un 25% de los casos (un medicamento no suministrado, por ejemplo), el resultado no puede ser imputado, por la escasa probabilidad de éxito del salvamento hipotético. Esta omisión debería ser valorada del mismo modo que la acción de dos autores que envenenaran por separado la comida de la víctima con un veneno del 25% de chances de éxito, la víctima muriera, pero no se pudiera comprobar cuál de los dos venenos fue el eficaz.

Si esto es correcto, lo que es *común* al actuar y al omitir es la *defraudación de una expectativa de comportamiento*, que en todos estos ejemplos se da en la misma medida y con la misma gravedad en el hecho comisivo y en el omisivo: responsabilidad por un riesgo de 25% de efectividad; en cambio la forma de imputación del resultado no puede ser equivalente: un curso *real versus* un curso *hipotético*.

Contra este ejemplo, JAKOBS me ha contestado hace poco tiempo en San Pablo que mis dos casos *no* son paralelos (lo cual es cierto, porque, desde el punto de vista *causal*, la omisión *no* puede ponerse en paralelo con la comisión). Como contrapunto, el ofreció el siguiente caso:

Comisión: El autor vierte en la infusión que le será llevada a una persona cuya edad desconoce un producto que es siempre mortal en personas mayores de 45 años y sólo en éstas. Se parte de la base de que las personas mayores de 45 años forman el 25% de la población. El paciente bebe y muere (tenía más de 45 años).

Omisión: Bajo el mismo presupuesto, el omitente no suministra un medicamento que tiene efectos curativos en personas mayores de 45 años y sólo en éstas. Él desconoce la edad. El paciente muere (tenía más de 45 años).

A diferencia de mi par de ejemplos, este caso es paralelo (en realidad: aproximadamente paralelo, porque la probabilidad lindante en la certeza de un curso hipotético no es igual a un curso real); pero no plantea lo que yo quiero plantear. En ambas hipótesis del caso de JAKOBS hay, o así se lo presupone, *100% de seguridad* del efecto causante de la comisión y de la omisión (aquí, cuasi-seguridad). Sólo *para la representación del autor* hay una probabilidad del 25%; para *la determinación objetiva* del curso, se presupone la seguridad en ambos casos.

Pero lo que yo quiero plantear, justamente, es que en todos los casos en que *no* se dé la llamada probabilidad lindante en la certeza de la hipótesis del salvamento omitido, la omisión estará en *desnivel* frente a la comisión, al menos en los casos en que el comitente, por más que haya partido de una *baja* probabilidad inicial, haya *causado* en definitiva el resultado. (Pues los cursos reales tienen la particularidad de esclarecer también si el quebrantamiento de la norma *no* incidió en nada, por ejemplo, si se sabe efectivamente que el veneno, en definitiva, *no* fue eficaz; por contraposición, el curso hipotético deja en la penumbra tanto el acierto como el fracaso.)

La omisión siempre representa un *minus* desde el punto de vista de una dogmática de imputación de resultados.

Cualquiera que sea afecto a los deportes conoce esta diferencia claramente. Si un *referee* de fútbol cobra un penal incorrecto en favor del equipo *A* en el último segundo de un partido que va 0 a 0, tras el cual *B* saldría

campeón ya con que el resultado quede empatado, y el penal se convierte en gol, se podrá decir con plena certeza que el *referee* ha influido indebidamente en la pérdida del torneo de B. Si, en cambio, nos imaginamos un *referee* que no cobra un penal realmente merecido en favor de B, cuando B pierde 1 a 0 y podría empatar con ese penal, no se podrá afirmar que B perdió el campeonato por el *referee*, porque nunca se podrá saber si el penal se habría transformado en gol en caso de ser cobrado.**

** He querido mantener inalterado ese ejemplo para la publicación de este trabajo, porque así fue formulado cuando el texto fue expuesto como conferencia, en diversos centros de estudio. Pero *no* demuestra en absoluto una diferencia entre *comisión* y *omisión*, como yo lo planteo sin embargo erradamente, sino entre la imputación de un resultado por un *curso hipotético* y la imputación por un *curso real*, contraposición que *normalmente* se corresponde con la omisión y la comisión, respectivamente, pero que bien puede no ser así en ciertos casos. También una *comisión* puede dar lugar a la imputación de un curso *hipotético*, y una *omisión*, a la de un curso *real*. Lo mostraré nuevamente con un ejemplo del mismo deporte, para trasladarlo luego a la imputación jurídico-penal. Si, volviendo al caso del texto, el par de conductas incorrectas de los jueces respectivos no consiste en un penal ilícitamente cobrado o ilícitamente dejado de cobrar, sino en la sanción de un *off-side* inexistente (comisión) o en la falta de sanción de un *off-side* sí existente (omisión), se llega a la situación inversa a la del texto. En la sanción ilícita del *off-side* inexistente, la acción queda anulada, pero, si el delantero sancionado no había llegado a tirar al arco, la cuestión de si ese comportamiento erróneo del juez ha incidido en el resultado, o no, es sólo *una hipótesis* (no se sabe si la jugada habría terminado en gol); mientras que al dejar de sancionar el *off-side*, si el jugador adelantado *hace el gol*, queda de manifiesto que la *omisión* dio lugar a un curso *real* que tuvo incidencia en la producción de un gol (y si el jugador *no* hace el gol, se sabe efectivamente que la omisión del juez *no* incidió en nada). Por consiguiente, debo rectificar el cariz de mi argumento, en el sentido de que comisión y omisión pueden tener, de modo cambiante, tanto una incidencia real en el resultado, como una sólo hipotética. En la imputación jurídico-penal, la comisión da lugar a imputación por un curso sólo hipotético en los casos conocidos bajo la expresión "interrupción de cursos causales salvadores"; ejemplo: el bañista recoge el salvavidas que la corriente iba llevando hacia el lugar en que estaba la persona que finalmente se ahogó, mas no se sabe si ella se habría salvado en caso de que el bañista no hubiera intervenido. Por su parte, la omisión puede ser efectivamente causal, en aquellos casos en que el omitente forma parte de la cadena causal y no habría formado

Resumiendo:

— o bien se renuncia a considerar constitutivo el disvalor de resultado y, entonces, la equiparación entre acción y omisión (o mejor: entre cursos reales y cursos hipotéticos) es inobjetable,

— o bien, si se mantiene una dogmática ligada a la imputación de resultados, hay que aceptar que la responsabilidad por cursos hipotéticos (lo que generalmente ocurre en la omisión) está afectada de un *minus* frente a la comisión.

En pocas palabras: la concepción de JAKOBS, por un lado, de que lo esencial en el Derecho Penal *no es la protección de bienes*, sino *la estabilización de normas* (expectativas de conducta), y, por otro, de que comisión y omisión son equivalentes, debería llevar por igual a suprimir del ilícito el disvalor de resultado.

---

parte de ella si hubiera actuado; ejemplo: un muchacho toma sol en una plaza, con las piernas extendidas; en un momento pasa por allí un ciego que trastabilla con las piernas del muchacho, por lo que cae y se lesiona; si el muchacho hubiera retirado las piernas el ciego no habría caído al menos de la forma concreta en que cayó (trastabillando con esas piernas); aquí hay causación real del mismo modo que la habría habido si, transformando el caso en comisión, el muchacho hubiera estado con las piernas recogidas antes del cruce de la víctima y las hubiera extendido de pronto justo al pasar ella. Sólo "en general" los casos de comisión dan lugar a un curso real y los casos de omisión, a un curso hipotético (pero puede ser a la inversa). Resumiendo: el argumento del texto y la conclusión que seguirá son válidos en el siguiente sentido (modificado): quien quiera equiparar entre sí *todos los quebrantamientos de la norma* (los que dan lugar a cursos reales con los que dan lugar a cursos hipotéticos, fuesen éstos de comisión o de omisión en cada caso), *tendrá que suprimir el resultado del objeto a imputar*; en caso contrario, las imputaciones de cursos hipotéticos tendrían que estar afectadas de un *minus*. En razón de lo que aquí se rectifica, cuando en el párrafo anterior al aquí anotado se dice que "la omisión siempre representa un *minus* desde el punto de vista de una dogmática de imputación de resultados" se dice algo incorrecto: el *minus* le afecta a los cursos hipotéticos, que "en general" (pero no "*per se*") son propios de la omisión.

§ IX. Conclusión

Sólo una dogmática que admite un sistema con contradicciones puede sentirse cómoda con un concepto de ilícito penal que se ve más grave o menos grave según las consecuencias del quebrantamiento de la norma. Si uno quiere construir un sistema estructurado sobre bases homogéneas, sólo puede partir de un modelo de norma y quebrantamiento de la norma en el que todas las circunstancias de ilícito y culpabilidad sean definidas según el cuadro de circunstancias y de representación del autor acerca de ellas existente al momento de la motivación defectuosa. Sólo así, comisión y omisión, tipicidad y justificación, tentativa y desistimiento, autoría y participación, pueden tener respuestas racionales, coherentes y justas.

Los momentos de la capacidad de imputación

Pilar González-Rivero

Sumario: **I.** Generalidades; **II.** ¿Diferenciación entre capacidad de acción y capacidad de culpabilidad?: **A)** ¿Evitabilidad individual como criterio?; **B)** ¿Previsibilidad del estado de defecto como criterio?; **C)** La consideración inmanente del conocimiento del tipo en el conocimiento de la norma; **III.** ¿Diferenciación entre la capacidad de culpabilidad y la inexigibilidad?

I. Generalidades

Partiendo de que la finalidad del Derecho Penal es el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad, esto es, que la función del Derecho Penal consiste en la estabilización de las normas sociales directas,[1] nos encontramos aquí con la cuestión de establecer con qué caracteres debe ser configurada la persona jurídico-penal para la consecución del mantenimiento de la identidad social. Teniendo en cuenta que el seguimiento individual de las normas sociales directas no se da por sí mismo, la persona debe ser concebida con la carga de asegurarse por sí misma la disponibilidad para el seguimiento de las normas.[2] Y todo ello, debido a que las condiciones de

1 Cfr. Jakobs, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993, págs. 23 y sig.; ver también el mismo, "Strafrechtliche Zurechnung, Entwicklung des Systems aus den Bedingungen der Normgeltung", Manuscrito de conferencia impartida en Barcelona, 1997, págs. 4 y sig.; el mismo, "Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung", Manuscrito de conferencia impartida en Frankfurt am Main, 1998, págs. 4 y sigs.; el mismo, "Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern", *ZStW* 101 (1989), pág. 525.

2 Ver Jakobs, *ZStW* 101 (1989), pág. 527; el mismo, *Das Schuldprinzip*, pág. 24.

aplicabilidad de las normas penales constituyen, asimismo, las condiciones de existencia de la sociedad, siendo éstas, a su vez, las condiciones vitales de las personas. Una vez que se han esclarecido las condiciones para el seguimiento de una norma, se desprenden también de ello los caracteres que deben configurar el concepto de persona jurídico-penal formal.[3] Así afirma JAKOBS que "de quien es definido como persona, se espera seguimiento de la norma".[4]

El concepto de conocimiento de la norma y la disponibilidad necesaria para secundarla es, al igual que el concepto de persona jurídico-penal, el resultado de una imputación.[5] Para que la norma sea secundada se requiere la capacidad de conocimiento de una norma y el motivo generalizado por el cual la persona se dispone a dirigir su comportamiento de acuerdo a ella.[6] La capacidad cognitiva que debe entrar a valorarse en el error de prohibición no debe entenderse como el conocimiento o desconocimiento individual de la norma, sino que el parámetro regulador lo constituye la evitabilidad o la competencia del autor por dicho desconocimiento.[7] La evitabilidad debe entenderse como un concepto normativo y no desde el punto de vista individual.[8]

---

3 "Lo que no debe ser, pero no es incorrecto en sí mismo, tiene que tenerse como falso" JAKOBS, Das Schuldprinzip, pág. 24.

4 Cfr. JAKOBS, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipiendenken — Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen Strafrechts?", *ZStW* 107 (1995), pág. 865.

5 Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtsteoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefärdungsdelikte*, Frankfurt am Main, 1989, pág. 39; asimismo LESCH, *Verbrechensbegriff, Grundlinien einer funktionalen Revision*, Berlin-Bonn-München, 1999, pág. 215.

6 Cfr. JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, pág. 9; el mismo, *ZStW* 101 (1989), pág. 523.

7 Ver JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, pág. 19; LESCH, VERBRECHENSBEGRIFF, pág. 216.

8 Todavía desde una perspectiva individual JAKOBS, *AT*, 6/24 y sigs.; el mismo, *Das Schuldprinzip*, pág. 21; el mismo, *ZStW* 101 (1989), pág. 518 y sig. Por el contrario TIMPE, "Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums",

Dentro del concepto de la conciencia o desconocimiento de la ilicitud deberá mostrarse la exteriorización de la motivación respecto de la norma concreta que ha de seguirse.[9] La exteriorización de sentido jurídico-penal debe referirse, por tanto, a un contenido concreto. También el baremo por el que ha de medirse dicho comportamiento se determinará desde un punto de vista generalizador-normativo. Como consecuencia, el juicio de culpabilidad no se hará sobre "un individuo en su esencia", esto es, sobre la configuración psico-biológica del individuo, sino sobre una "persona social".[10] Sobre aquél, que es definido como competente para el conocimiento de la norma, rige el principio por el cual, podrá éste asimismo secundar la norma.[11]

Hasta aquí hemos tratado únicamente el concepto de persona formal desde el punto de vista jurídico-penal, sin analizar previamente de qué se compone dicho concepto. Pues bien, dentro del concepto jurídico-penal de persona formal no debe dejarse de lado la parte relativa al individuo y a las características especiales en su configuración. Ello supone, en relación con la imputación penal, que en determinadas situaciones la especial configuración psicológica del individuo puede ser relevante a la hora de realizar la imputación penal, no siendo siempre la desviación del conocimiento respecto de la norma, una aportación material fallida a la comunicación. En esas situaciones se tendrá en cuenta la configuración especial del individuo, siempre que "las posibilidades de generalización del derecho no se vean desvirtuadas".[12] Cuando el comportamiento del autor pueda ser definido como "enfermedad, error invencible, peligro de vida, consternación, miedo, pánico u otros, esto es, como las consecuencias del ser humano entendido como ser natural", entonces no se habrá exteriorizado un sentido jurídico-penal, sino

---

GA 1984, pág. 66, sí acude a un concepto puramente normativo de conocimiento de la norma.

9 Cfr. Jakobs, *Das Schuldprinzip*, págs. 23 y sigs.

10 Ver Jakobs, *Das Schuldprinzip*, pág. 29

11 Cfr. Jakobs, *Das Schuldprinzip*, pág. 30.

12 Cfr. Jakobs, *ZStW* 107 (1995), pág. 866.

naturaleza.[13] En ese supuesto habrá existido únicamente un conflicto cognitivo, el autor no será definido como competente y el conflicto se aclarará haciendo hincapié en las especialidades del individuo y se remitirá a "la enfermedad, el error, el miedo u otros", excluyendo por tanto la definición del conflicto, como un conflicto jurídico-penal.[14]

Sin embargo, la configuración especial del individuo únicamente puede suponer en casos excepcionales la exclusión de la imputación. En esos casos se aclara la exclusión excepcional de la competencia, que en principio es presupuesta, mediante la apreciación de la especialidad del individuo tras la aplicación del criterio jurídico de la competencia.

Partiendo de estas premisas se puede aclarar el no-seguimiento de la norma mediante alguna de las especialidades del individuo: por un lado, la falta del rendimiento cognitivo puede deberse a un error o a un desconocimiento de la norma, o también a una perturbación psíquica como puede ser la enfermedad mental. Asimismo la falta de rendimiento cognitivo puede ser consecuencia de la edad del autor. Por otro lado la inobservancia de la norma puede derivarse de una incapacidad física del autor que excluya el conocimiento o la capacidad de seguimiento de la norma, como ocurre en los supuestos de incapacidad de acción. La inimputabilidad puede derivarse tanto de una configuración especial del individuo en un contexto normal de acción, como de un contexto extraordinario, como puede ser el comportamiento derivado del miedo, de la consternación o de situaciones de afecto.

Dichas especialidades en la constitución del autor son aquellos momentos que el Derecho Penal está dispuesto a aceptar, de manera excepcional, como aclaración por no haber actuado de acuerdo a la norma, partiendo de que en principio corresponde al rol de toda persona formal desde el punto de vista jurídico-penal, la obligación del conocimiento de la norma y de su

13 Ver JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), pág. 864.

14 JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff, Kleine Studie*, München 1992, pág. 42.

seguimiento. Todos ellos son los momentos de la imputación[15] vistos desde una perspectiva exclusivamente subjetiva; con posterioridad y previamente a la decisión de la imputación jurídico-penal será necesario realizar una objetivación, cuya finalidad última será el mantenimiento del orden normativo social.

Resumiendo, debe concluirse que el "orden jurídico-social sólo acepta las necesidades individuales, en la medida, en que las posibilidades de mantenimiento de dicho orden social no se vean dañadas".[16] Una relación dialéctica mediante la cual se establece que el quebrantamiento de la norma sólo existe cuando el autor sea capaz de comprender de forma cognitiva dicho quebrantamiento, todo ello analizado con parámetros extrajurídicos, no es aceptable,[17] pues entonces se estarían elevando las especialidades en la configuración del individuo a parámetro decisivo de la imputación.

II. ¿Diferenciación entre capacidad de acción y capacidad de culpabilidad?

Como momentos de la capacidad de imputación no nos encontramos únicamente con las capacidades volitivas y cognitivas, sino que hay que tener en cuenta asimismo las capacidades físicas,[18] también imprescindibles para el

15 Dichos momentos de la capacidad de culpabilidad son entendidos como momentos de la capacidad para delinquir, cfr. Lesch, *Verbrechensbegriff*, pág. 224.

16 Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, Berlin, 1997, pág. 95; el mismo, *ZStW* 107 (1995), pág. 866. De manera semejante Vehling, *Die Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt am Main, 1991, pág. 98 donde cita a Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin 1965, págs. 71 y sigs. y el mismo, *Rechtssoziologie*, 3a. ed. Opladen 1987, págs. 281 y sig., 329: "Sólo pueden concederse los ámbitos de libertad que puedan ser generalizados sin perjuicio del sistema en su globalidad".

17 Cfr. Lesch, *Verbrechensbegriff*, págs. 217, 220 y sig.

18 Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Band II, 1a. y 2a. ed., Leipzig 1914, pág. 614.

seguimiento de la norma.[19] Uno de los momentos que constituyen la personalidad formal desde el punto de vista jurídico-penal y que por ello, en el supuesto de su inexistencia, el Derecho Penal está dispuesto a excluir la imputación jurídico-penal, debido a la apreciación de las especialidades del individuo, lo constituye la inexistencia de un comportamiento voluntario o lo que es lo mismo, la incapacidad abstracta de acción.

A) ¿Evitabilidad individual como criterio?

En la dogmática se acostumbra a diferenciar entre los supuestos de incapacidad de culpabilidad en sentido estricto y los supuestos de incapacidad de acción,[20] estableciéndose que en el primer grupo de casos no se excluye la capacidad "de exteriorizar una voluntad natural", lo que en el segundo grupo, por ejemplo en los supuestos de sueño, inconsciencia absoluta, movimientos reflejos, no sería posible.[21] Lo decisivo para esta opinión doctrinal es si la voluntad como base de la acción puede ser efectiva;[22] los caracteres

19 Como aquí LESCH, *Verbrechensbegriff*, págs. 218 y sigs.

20 Cfr. en relación con la no-imputación de la causación de la incapacidad de acción por ejemplo LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 23a. ed. München 1999, previo al § 13, nota marginal 7, § 20, nota marginal 14; Jähnke, Leipziger Komentar zum Strafgesetzbuch, LK, 11a. ed., § 20, nota marginal 1; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin und New York 1991, 17/57.

21 Ver entre otros JAKOBS, *AT*, 6/24; el mismo, *AT*, 6/34; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, pág. 122; SCHILD, "Die Straftat als "actio libera in causa". Bemerkungen zum grundsätzlichen Problem der Zurechnung von Unfreiheit im Strafrecht", en: *Festschrift für Trifferer*, 1996, pág. 211; JÄHNKE, *LK*, § 20, nota marginal 1.

22 JÄHNKE, *LK*, § 20, nota marginal 1; LACKNER, § 20, nota marginal 14; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, § 16 I, nota marginal 13; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 3a. ed., Berlín y New York, 1992, § 5 IV 2; SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 25a. ed., 1997, previo al § 13, nota marginal 37.

delimitadores serían la falta de previsibilidad y la carencia de dominio de la situación.[23]

Frente a dicha opinión doctrinal, se considera dudoso si se debe diferenciar entre los supuestos en los que el sujeto se embriaga y realiza posteriormente una acción delictiva y aquéllos, en los que el autor se queda dormido, excluyendo su capacidad de acción, momento en el que comete asimismo una acción delictiva.[24] La acostumbrada diferenciación entre la conducción de la acción y la conducción del estímulo,[25] esto es, entre los parámetros que son de aplicación en el ámbito del injusto y el de la culpabilidad, no es, desde este punto de vista, mantenible.[26] Y ello debido, a que desde la base de la superación del concepto causal de acción y de la vuelta al concepto de acción de la teoría de la imputación hegeliana,[27] según la cual la acción para ser considerada una acción injusta, debe ser una acción culpable,[28] no es posible diferenciar entre una acción cometida en un estado de defecto provocado por una incapacidad de acción, como por ejemplo durante el sueño, y un hecho realizado en un estado defectuoso como el de la

23 Al respecto ver Jakobs, *AT*, 6/34; el mismo, "Vermeidbares Verhalten und Strafrecht", en: *Festschrift für Welzel*, Berlín y New York, 1974, pág. 307; crítico Jähnke, *LK*, § 20 nota marginal 1.

24 En este sentido cfr. ya Schaffstein, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen und ihre Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts*, Berlín 1930, pág. 106; Kraüse, "Betrachtungen zur actio libera in causa, insbesondere in der Form vorsätzlicher Begehung", en: *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlín 1966, pág. 306; el mismo, "Probleme der actio libera in causa", *Jura* 1980, pág. 172.

25 Jakobs, *AT*, 6/20 y sigs., 6/21, 6/24, 6/41, 17/3.

26 Ver al respecto también Lesch, *Verbrechensbegriff*, págs. 219 y sig.

27 Cfr. Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, pág. 41.

28 Cfr, Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, pág. 44; el mismo, *ZStW* 107 (1995), págs. 863 y sigs. Comparar Schild, *Alternativkommentar: Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1990, AK, previo § 13, nota marginal 64 y sigs.; el mismo, "Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff", *GA* 1995, págs. 101 y sigs.

incapacidad de culpabilidad, como por ejemplo, la embriaguez, o un hecho realizado con desconocimiento de su ilicitud o en estado de necesidad exculpante.

A pesar de que en los supuestos de incapacidad de acción es posible la existencia de un comportamiento voluntario[29] y en aquellos de desconocimiento de la norma[30] y de estado de necesidad exculpante puede determinarse una conducción final del comportamiento en la forma de dolo o imprudencia, no debe apreciarse diferencia alguna entre dichos casos desde un punto de vista jurídico-penal. Y todo ello, debido a que en ninguno de dichos estados de defecto exterioriza el autor un sentido relevante desde la óptica jurídico-penal.[31] El hecho de que en los supuestos de la incapacidad de culpabilidad, de desconocimiento de la norma y en los casos de inexigibilidad, por el contrario de lo que ocurre en los supuestos de incapacidad de acción, se pueda apreciar dolo o imprudencia, no es relevante desde el punto de vista del injusto penal, que debe ser, a su vez, culpable. Además hay que tener en cuenta que si se parte de la existencia de un acto voluntario o de la exteriorización de la voluntad natural en forma de dolo o imprudencia, sin ampliar el análisis al concepto determinante de la imputación jurídico-penal, esto es, hasta la culpabilidad, dicho acto voluntario no es más que eso, esto es, un acto voluntario sin relevancia jurídico-penal alguna. También en este punto tiene vigencia el principio de que todo elemento de la imputación tiene únicamente sentido en relación a la determinación del sentido general de la imputación, esto es, tras la determinación de la culpabilidad y solamente en dicha medida tiene relevancia jurídico-penal.

---

29 El comportamiento voluntario es presupuesto necesario de una acción, cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER- LENCKNER, previo al § 13 y sigs., nota marginal 37.

30 El hecho de que en los supuestos de incapacidad de culpabilidad pueda hablarse de dolo e imprudencia no significa que ello resulte ser doctrina mayoritaria; ver en dicho sentido STRATENWERTH, "Vermeidbarer Schuldausschlub", en: *Festschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pág. 491; ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlín 1987, págs. 163, 190 y 193.

31 Cfr. en dicho sentido LESCH, *Verbrechensbegriff*, pág. 226.

Una acción jurídico-penal debe ser, a su vez, una acción antijurídica y culpable para poder ser considerada jurídico-penalmente relevante, no constituyendo la evitabilidad individual como concepto global del dolo y la imprudencia, el mínimo de la acción jurídico-penal.[32] Siendo esto así, la diferenciación dogmática entre la capacidad de acción y la capacidad de culpabilidad es superflua desde el punto de vista teórico. Cuando, por ejemplo Jakobs, establece que una acción jurídico-penalmente relevante sólo puede existir tras el análisis y apreciación de la capacidad de culpabilidad,[33] ello supone que una acción sólo puede exteriorizar sentido relevante desde la óptica jurídico-penal una vez afirmada la capacidad de culpabilidad, por lo que se tendría que llegar a la conclusión de que no debería diferenciarse entre capacidad de acción y capacidad de culpabilidad.

B) ¿Previsibilidad del estado de defecto como criterio?

Según gran parte de la doctrina, en los supuestos en los que el autor, que ha cometido un hecho delictivo, se encuentra en una circunstancia de exclusión de la capacidad de culpabilidad, se abriría la posibilidad de considerar el comportamiento como el quebrantamiento de una expectativa normativa,[34] siendo por ello definido como un injusto penal, lo que sería imposible en los supuestos de incapacidad de acción debido a la inexistencia de evitabilidad individual. La expectativa normativa según la cual el autor actuaría manteniendo su personalidad material, esto es, actuaría de acuerdo a derecho, no podría ser mantenida y se convertiría directamente en una expectativa

32 Frente a ello cfr. Jakobs, *AT*, 6/27.

33 Cfr. en dicho sentido Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, págs. 41 y sigs., 44.

34 Cfr. Jakobs, *AT*, 17/50 en relación con la opinión doctrinal, según la cual en los supuestos de incapacidad de culpabilidad se ve quebrantada una expectativa normativa; entre tanto Jakobs ha abandonado dicha opinión y es de la opinión de que la desigualdad del incapaz de culpabilidad excluye la posibilidad de que haya quebrantado una expectativa normativa; cfr. también el mismo, *ZStW* 107 (1995), pág. 864; el mismo, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, pág. 42, nota 40.

cognitiva. El criterio de la competencia aplicado en parte por la doctrina en la incapacidad de acción, lo constituye la previsibilidad del estado de defecto. Así se aclara, respecto a la diferenciación entre la incapacidad de acción y la incapacidad de culpabilidad, que los defectos físicos "se aceptan más fácilmente que los defectos psíquicos, siendo por ello más fácil la conversión de una expectativa normativa en una expectativa cognitiva". Sin embargo, dicha opinión doctrinal no debe ser secundada, ya que se apoya en un criterio fenotípico, no siendo por tanto aplicable en los supuestos de incapacidad de culpabilidad el criterio de la previsibilidad del defecto. Frente a ello afirma JAKOBS que en los supuestos de defectos psíquicos evidentes, como por ejemplo en el caso de la incapacidad de acción, donde la situación de defecto es evidente, la expectativa normativa se desvanece desde el primer momento. Ya que según afirma JAKOBS "el hecho de que de un enfermo mental que se encuentra en un centro psiquiátrico se siga manteniendo la expectativa normativa, exterioriza, como poco, un entendimiento extraño de la sociedad". Por el contrario, a mi entender, si se afirma que en los casos en los cuales "la desigualdad de la persona es conocida de antemano... la expectativa normativa ni siquiera podría elevarse", se estaría olvidando que desde el punto de vista jurídico-penal "ex ante" no puede existir desigualdad en el sentido de una imputación penal,[35] ya que la igualdad o desigualdad desde la perspectiva penal sólo surgen mediante la imputación o no-imputación.

El criterio de la evidencia del estado de defecto sólo sería viable si el Derecho Penal tuviera como finalidad el control de la efectividad de las expectativas normativas en la sociedad. Pero como la finalidad del Derecho Penal no es definida de ese modo, resulta carente de sentido la aplicación del criterio de la previsibilidad o evidencia de la situación de defecto. La imposibilidad de definir al injusto no culpable como un injusto penal, desaparecería si en dicha cuestión se introdujeran criterios fenotípicos y no penales.

35 Cfr. LESCH, *Verbrechensbegriff*, págs. 218 y sigs., en relación con la difuminación de la diferencia entre la incapacidad de acción y la incapacidad de culpabilidad, o entre los defectos físicos y psíquicos.

La incapacidad de acción y la incapacidad de culpabilidad evidente no pueden conducir directamente a la impunidad por lo drástico de la situación de defecto ya que el criterio fenotípico de la evidencia no puede decidir sobre la imputación penal, y ello debido a que desde el punto de vista del genotipo en ambos supuestos nos encontramos con la falta de exteriorización de sentido jurídico-penal.

La imposibilidad de aplicación de dicho criterio sobre la evidencia del estado de defecto se muestra claramente en el siguiente supuesto práctico: T, que es un buen actor, ingiere en un bar agua de una botella de licor. Después de haber bebido agua de varias botellas de licor, se levanta, haciendo como si se encontrara en estado de embriaguez y saca del bolsillo una pistola, con la que quiere matar a su enemigo F. Poco después dispara sobre su enemigo F. Si el criterio aplicable fuera la evidencia con que se exterioriza el estado de defecto, debería resolverse el caso afirmando la inimputabilidad de T. Debido a que el concepto de capacidad de imputación no es una característica de la persona, una concepción de la inimputabilidad penal que no se base en un proceso de imputación, no sería viable.

La definición de la acción como una cuestión de atribución está implícita en el concepto de competencia. La carencia en un comportamiento de sentido jurídico-penal no se deduce ya con el desvanecimiento de las posibilidades de conducción de la motivación, sino con la carencia de competencia. El motivo alegado para la determinación del concepto de la conducción de la acción desde un punto de vista individual, según el cual si no, el sujeto se perdería en la imposición de un standard y nos encontraríamos únicamente con un "modelo de ciudadano común titular de los contactos sociales",[36] debe ser invalidado partiendo de que el criterio de la competencia no debe ser entendido únicamente desde un punto de vista generalizador-objetivo.[37] La competencia constituye el criterio según el cual la configuración especial

36 Jakobs, *AT*, 6/24.

37 Cfr. por el contrario el concepto social de acción; con gran número de citas bibliográficas ver Jakobs, *AT*, 6/23.

psicológica del individuo será apreciada siempre que el ordenamiento normativo no se vea desestabilizado.

Por consiguiente, no se trata en los supuestos de la incapacidad de acción, como por ejemplo, en las reacciones de un sujeto que duerme o en los casos de perdida absoluta de la conciencia, de la responsabilidad por asunción de una situación.[38] La acción u omisión esperada en un momento determinado seguirá constituyendo una expectativa normativa cuando el autor sea competente. El comportamiento penal esperado pero no satisfecho será, en principio imputada, a no ser, que exista un motivo para excluir dicha imputación.

C) La consideración inmanente del conocimiento del tipo en el conocimiento de la norma

El sujeto de la imputación jurídico-penal se ve configurado por la capacidad de conocimiento de la ilicitud y por la disponibilidad de adecuación del comportamiento a dicho conocimiento. Dicha capacidad es entendida como momento de la capacidad de imputación. Debido a que los momentos constitutivos de la capacidad de imputación fundamentan la personalidad formal, únicamente puede ser excluida la imputación penal por la inexistencia de uno de dichos momentos. La falta de conocimiento del tipo que tendría como consecuencia, en su caso, la aplicación de la pena por imprudencia, debe entenderse como un momento de la personalidad formal, que se comprende en su consideración inmanente en el conocimiento de la norma.

El momento intelectivo de la capacidad de imputación consistente en el conocimiento de la norma se configura por el tipo subjetivo basado en el conocimiento de los elementos del tipo y en el conocimiento de la ilicitud del comportamiento o también denominado conocimiento de la norma.[39] Ello

38 Por el contrario ver JAKOBS, *AT*, 6/39, 6/42.

39 Esto corresponde a la teoría del dolo, que ya ha sido en gran medida superada, y que entendía el dolo como la relación psicológica del autor con los elementos objetivos del injusto del hecho, no siendo entendida como el lado interno del autor desde la

no debe entenderse, sin embargo, como un conocimiento separado en dos momentos —tipo y norma—, sino como el conocimiento de la norma en sí. El conocimiento de la norma como momento constitutivo de la persona formal contiene el conocimiento del mundo material, sin el cual no sería posible el conocimiento de la norma. En la imputación penal, por lo tanto, no se analizaría primeramente el conocimiento del mundo material para pasar posteriormente al análisis de la realidad jurídico-penal, antes bien, el conocimiento de la realidad material se infiere de la imputación penal. Todo ello puede afirmarse, pues se parte de una imputación penal que no debe ser entendida como enfrentada a un mundo material, sino que directamente tiene lugar en dicha realidad material. Debe por lo tanto concluirse que la capacidad de conocimiento del tipo debe considerarse de manera inmanente en la capacidad de conocimiento de la norma.

III. ¿Diferenciación entre la capacidad de culpabilidad y la inexigibilidad?

Los supuestos de la inexigibilidad no excluirían de acuerdo con la doctrina mayoritaria la capacidad de culpabilidad, ya que dichos casos no afectarían a la fundamentación de la culpabilidad,[40] sino a la medición, esto es, a la cuantificación de dicha culpabilidad.[41] La capacidad de culpabilidad podría,

perspectiva psicológica, sino como competencia. Cfr. en relación con la teoría del dolo, Binding, *Grundriss des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, AT, 8a. ed., Leipzig 1913, págs. 107 y sigs.; Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Aalen, 1964 (reedición de 1906), pág. 185. En relación con la teoría del dolo y de la culpabilidad cfr. Lesch, "Dogmatische Grundlagen zur Behandlung des Verbotsirrtums", *JA* 1996, págs. 347 y sigs.

40 Ver entre otros Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1994, § 22/4; Jakobs, *AT*, 17/53, 17/69.

41 Cfr. Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959, pág. 158: "La inexigibilidad constituye un problema de la cuantificación de la culpabilidad, que ya se ha afirmado y fundamentado y no de la fundamentación del reproche de culpabilidad"; Jakobs, *AT*, 17/55.

por lo tanto, afirmarse, pero debido a que el autor se encontraba en el momento de la comisión del hecho delictivo en una situación de inexigibilidad, se excluye la posibilidad de adecuación del conocimiento de la norma a su comportamiento y con ello la posibilidad de imputación de responsabilidad penal. Los casos de inexigibilidad se diferenciarían de los de incapacidad de culpabilidad en que en los primeros nos encontraríamos ante un sujeto capaz de motivación por la norma penal, mientras en el segundo grupo de casos dicha capacidad de motivación estaría excluida.[42]

Sin embargo, una normativación del concepto de imputación, esto es, del concepto de imputabilidad posibilita, desde el punto de vista aquí defendido, la no-diferenciación de los criterios de aplicación en las categorías de la fundamentación de la culpabilidad y la inexigibilidad. El criterio de la competencia es el criterio aplicable a ambas categorías jurídico-penales.

Como consecuencia de la diferenciación apreciada en la doctrina a la hora de tratar los supuestos de inimputabilidad y de inexigibilidad, basada en un concepto de culpabilidad material, difiere asimismo la estructura de la imputación en los supuestos de causación precedente de dichos estados de defecto. Por el contrario, se defiende aquí una solución unitaria en relación con la estructura de la imputación para ambas categorías. Dicha postura se basa en la negación de la opinión doctrinal según la cual, al igual que ocurre en el tipo del injusto entre el tipo y la justificación,[43] habría que distinguir entre la fundamentación de la culpabilidad y la exculpación.[44]

42 Cfr. por todos JAKOBS, *AT*, 17/55.

43 GOLDSCHMIDT, "Normativer Schuldbegriff", *Festgabe für Frank*, Tübingen, 1930, pág. 443 ya trató la similitud de la problemática, quien quería con ella demostrar la corrección de la creación de una categoría propia de las causas de inexigibilidad. La valoración de las preguntas sobre si las causas de justificación eran limitaciones inmanentes de los imperativos jurídicos o elementos negativos del tipo, "aclararía que las cuestiones que se plantean en relación con la reprochabilidad son las mismas que se discuten en la antijuridicidad". Él es de la opinión de que uno "no se equivoca si contesta aquella de la misma manera que ésta."

44 Ver por todos SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER, 25a. ed., previo a § 32, nota marginal 108 con citas bibliográficas. Todavía en ese sentido Jakobs, AT, 17/43 y sigs., 17/47,

Si, como aquí se defiende, el Derecho Penal reacciona ante las expresiones de sentido contrarias al orden jurídico-penal, y partiendo de que en la culpabilidad se cuestiona la capacidad para el quebrantamiento de la norma, esto es, la capacidad para ser considerado como un sujeto de imputación, no se ve justificada la diferenciación que se establece en la mayoría de la doctrina para los supuestos en los que sea excluida la culpabilidad[45] y con ello, la imposición de la pena, ya sea por la falta de un elemento fundamentador de la culpabilidad o porque el autor se encuentra en una determinada situación de inexigibilidad, como podría serlo el estado de necesidad exculpante.[46] De igual manera que en el ámbito del injusto no debe diferenciarse entre los supuestos de superación de riesgo permitido y aquellos que se tratan en el ámbito de la justificación tras el análisis del contexto en el que el comportamiento ha superado dicho riesgo permitido, porque en ambos casos no habrá imputación de responsabilidad penal, ni imposición de pena, deberá anali-

17/53 y sigs., quien diferencia dentro del tipo de la culpabilidad entre el contenido positivo y el negativo. La diferenciación debe retrotraerse a Goldschmidt, "Der Notstand, ein Schuldproblem. Mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz", *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*, 1913, pág. 162 y el mismo, *Festgabe für Frank*, *passim*, quien creó la categoría de las causas de exculpación en la discusión científica con Frank.

45 Esto ha sido ya defendido por Mezger, *Strafrecht*, págs. 205, 363, en relación con la distinción entre causas de exclusión de la tipicidad y causas de exclusión de la antijuridicidad y entre fundamentación de la culpabilidad y exclusión de la culpabilidad.

46 Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, pág. 42 ha acertado plenamente, aunque aún no ha extraído las consecuencias necesarias: "El incapaz de culpabilidad o quien actúe en un error de prohibición inevitable o quien se encuentra en un estado de necesidad, o quien actúe sin culpabilidad, no actúa. "El conflicto social que constituye un hecho exculpado, será solucionado de manera cognitiva y no normativa", "el autor será tenido en cuenta como no competente, las condiciones objetivas de su comportamiento se modificarán, en otras palabras, dicho conflicto se remite a una enfermedad, al error, al miedo y es aclarado de dicha manera. Desde esa perspectiva el autor actúa con sentido; un análisis más certero muestra, sin embargo, que el motivo del comportamiento excluye la definición de la acción como sentido, ya que nos encontramos ante una enfermedad o ante cualquier otro poder".

zarse la capacidad de culpabilidad y con ello la imputación de responsabilidad penal y de pena una vez que se ha analizado el contexto en que dicho comportamiento se ha realizado.[47] Y ello debido a que no puede tratarse la culpabilidad, esto es, la capacidad de exteriorización de un sentido jurídico-penal con independencia del análisis del contexto en que tiene lugar dicho comportamiento.[48]

Así carecerá de sentido afirmar en un primer lugar en los supuestos del estado de necesidad exculpante la existencia de culpabilidad para posteriormente excluir la responsabilidad penal por otros motivos.[49] La capacidad para actuar como persona formal desde el punto de vista jurídico-penal puede ser únicamente analizado una vez que el contexto ha sido apreciado en dicha consideración. Y ello, porque dicha capacidad no es una capacidad abstracta para el conocimiento de la norma y para adecuar dicho conocimiento al comportamiento, sino una capacidad concreta atribuida para cono-

47 Lo que aún constituye opinión dominante; ver por todos JAKOBS, *AT*, 6/51 y sigs. con citas bibliográficas. La opinión minoritaria la representa ante todo MEZGER-BLEI, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15a. ed. München, 1973, pág. 124.

48 De otra opinión es HEGLER, Die Merkmale des Verbrechens, *ZStW* 36 (1915), pág. 215, nota 107, quien concibe la incapacidad de culpabilidad como un estado general, frente a los motivos de exclusión de la culpabilidad que serían "momentos especiales referidos al hecho concreto". Él critica la opinión de quienes relacionan los momentos de exclusión de la culpabilidad con la incapacidad de culpabilidad.

49 De esa opinión es BELING, *Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem deutschen StGB*, Leipzig 1910, pág. 10, nota en contra de la visión de FRANK; "Exculparse no significa de ninguna manera únicamente mostrar que no se es culpable, sino que se reconocerá su culpabilidad y se reclamará exculpación". Crítico MEZGER, Die Reform des Strafrechts, *ZStW* 47 (1927), pág. 487, nota. Cfr. la concepción del § 54 del Código Penal alemán en su antigua versión, como motivo de exclusión de la punibilidad: El Estado "deja impune el hecho a pesar de su antijuridicidad y su culpabilidad, ob.cit, pág. 10 nota. En contra de la concepción como causa de exclusión de la punibilidad ver v. LISZT/Eb. SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 25a. ed., 1927, pág. 192; FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, 14a. ed., § 54 III; RG 61, 242 y sigs., 249 (Sección 1a.), quienes parten de que la culpabilidad debe excluirse.

cer una determinada norma en un contexto determinado.[50] La atribución de dicha capacidad de culpabilidad no se producirá no sólo respecto de los supuestos en los que el autor es inimputable en un contexto determinado, sino igualmente en relación con los casos de estado de necesidad exculpante.

En este punto es necesario aclarar que la capacidad de culpabilidad o la capacidad de imputación no le es atribuida a un ser humano, sino a una persona formal que actúa en el ámbito del derecho. El autor de un determinado hecho delictivo, del que en principio se ha afirmado, de manera provisional, la realización de un injusto penal pasará ser tenido en cuenta como incapaz para el quebrantamiento de la norma una vez definida la culpabilidad. A pesar de la afirmación provisional sobre el injusto, tras haber analizado y negado la atribución de culpabilidad, no existirá quebrantamiento alguno de la norma o injusto jurídico-penal que deba ser anulado mediante la imposición de una pena. Así en palabras de Jakobs: "El Derecho Penal garantiza desde la perspectiva social funcional la contradicción de la expresión de sentido aportada por el autor según la cual la norma no tendría vigencia. El autor debe responder por dicha expresión de sentido de contenido equivocado. Cada uno de los casos de inexistencia de capacidad de imputación, habiendo sido afirmativo el análisis provisional del injusto, esto es, en los casos de incapacidad de acción, desconocimiento invencible de la norma o en los supuestos de inexigibilidad, se transforma el sentido comunicativo relevante en una casualidad individual y sin relevancia jurídico-penal y por lo tanto, en naturaleza".[51]

50 Cfr. ya Freudenthal, *Schuld und Vorwurf im geltendem Strafrecht, Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfes zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919*, Tübingen 1922, pág. 7, que se apoya en la capacidad del sujeto: "No es posible determinar en general cuándo se carece de la capacidad, ya que ello se analizará en cada caso en concreto. Este es el punto en el que se tendrán en cuenta las circunstancias accesorias del hecho. En el caso de que dichas circunstancias se dieran de tal manera que la energía que se hubiera tenido que aportar para no cometer el hecho delictivo no fuera exigible a nadie en situaciones normales, se determinaría la incapacidad y con ello decaería el reproche, lo que a su vez haría decaer la culpabilidad".

51 Jakobs, *ZStW* 107 (1995), pág. 865.

Con la normativación del concepto de capacidad de imputación, esto es, con la capacidad de conocimiento de la norma y de adecuación de dicho conocimiento al propio comportamiento del autor y el consecuente rechazo de la distinción entre los supuestos de capacidad de culpabilidad y de inexigibilidad, no existe motivo alguno para diferenciar entre los criterios aplicables a ambos grupos de supuestos.[52] El parámetro aplicable es definido desde el concepto normativo de la culpabilidad. El contenido de dicho concepto de culpabilidad está cargado de las necesidades de estabilización del sistema normativo. El criterio aplicable en el momento del hecho delictivo es, por lo tanto, definido desde la perspectiva del concepto funcional de imputación, que podría identificarse con el concepto de competencia.

Por lo tanto, la diferenciación de acuerdo a la cual la capacidad de culpabilidad, al contrario de lo que ocurre con la exigibilidad, afectaría a la definición de igualdad del sujeto activo,[53] no puede ser sostenida. La supuesta afirmación de igualdad, esto es, de capacidad de culpabilidad, en los supuestos de la inexigibilidad debe analizarse, al contrario de lo que hace la doctrina mayoritaria una vez que se ha dado respuesta a la posibilidad de imputación. Todas las especialidades de la configuración psicológica del individuo ya sea enfermedad mental, miedo, incapacidad física, error o cualquier otra circunstancia que afecte al cumplimiento de la norma, serán tratadas en la dialéctica de la imputación. Ello significa que no podrá efectuarse determinación alguna sobre la igualdad, esto es, sobre la capacidad de culpabilidad del autor de un hecho delictivo concreto, con anterioridad a la imputación jurídico-penal. La igualdad del autor de un hecho delictivo se determina mediante la atribución de responsabilidad penal. Por ello no puede afirmarse que en los supuestos de inexigibilidad,[54] como por ejemplo en el

52 Ello es discutido por JAKOBS, *AT*, 18/25, quien a pesar de definir la culpabilidad como una atribución, defiende la diferenciación entre la fundamentación de la culpabilidad y la exigibilidad.

53 Ver por todos JAKOBS, *AT*, 17/55.

54 Cfr. en relación con el tratamiento de la inexigibilidad como un error en las expectativas, y no como la defraudación de una expectativa normativa a través del comporta-

estado de necesidad exculpante, la igualdad del autor se encuentra ya determinada. El punto de partida de dicha diferenciación podría ser que la mayoría de la doctrina se deja llevar por lo fenotípico de la situación y únicamente en base a dicho criterio analiza si una determinada expectativa normativa debe convertirse directamente en una expectativa cognitiva. Los momentos que la doctrina mayoritaria encuadra dentro de los supuestos de la inexigibilidad, como el estado de necesidad exculpante, los estados pasionales etc., son al igual que la capacidad de culpabilidad, momentos que excluyen o fundamentan la culpabilidad, esto es, la imputación de responsabilidad criminal.

miento Frister, *Die Struktur des "voluntativen Schuldelements". Zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention*, Berlin 1993, págs. 53 y sig., 59 y sigs.

La doctrina moderna del dolo eventual

Lidiette Gil Vargas

Sumario: I. Las teorías de la aprobación o del consentimiento; II. Las teorías de la indiferencia (Engisch); III. Las teorías de la representación o de la posibilidad (Schröder, Schmidhäuser); IV. Dolo e imputación (Puppe); V. La teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación (A. Kaufman); VI. El dolo jurídico penal sobre la base de la teoría cognitiva de la acción (Kargl); VII. La teoría del riesgo (Frisch); VIII. Teoría de la calculabilidad (Roxin); IX. La no improbable producción del resultado y la habituación al riesgo (Jakobs); X. Conclusiones.

I

Ejemplo 1 (BGH 7,363): "El caso del cinturón de cuero". K y J querían robar a M. Decidieron estrangularlo con un cinturón de cuero hasta que perdiera el conocimiento y sustraerle entonces sus pertenencias. Como se percataron de que el estrangulamiento podría conducir en determinadas circunstancias a la muerte de M, que preferían evitar, resolvieron golpearle con un saco de arena en la cabeza y hacerle perder la conciencia de ese modo. Durante la ejecución del hecho reventó el saco de arena y se produjo una pelea con M. Entonces K y J recurrieron a la correa de cuero que habían llevado por si acaso. Hicieron un lazo en torno al cuello de M y tiraron de ambos extremos hasta que aquél dejó de moverse. Acto seguido se apoderaron de las pertenencias de M. A continuación les surgieron dudas sobre si M estaría aún vivo y realizaron intentos de reanimación, que resultaron inútiles.

Ejemplo 2 (BGH 36,1): "El caso del sida". A principios de junio de 1986, el acusado fue infectado del llamado síndrome de inmunodeficiencia

adquirido (SIDA), en una conversión completa por parte del médico indicado para tal efecto, se le informó sobre la forma y las consecuencias de dicha enfermedad. En aquélla se puso importante relevancia sobre la necesaria utilización de medidas de protección en los contactos sexuales que tuviera, también con homosexuales. El acusado debía necesariamente utilizar preservativos en cualquier contacto sexual que tuviera. Ello, pues el virus sería contagioso por el resto de su vida. En contactos sexuales sin protección el acusado podría contagiar a su pareja y causarle una enfermedad mortal. Esta enseñanza médica y psiquiátrica se repitió dos veces. Sin tomar atención a lo anterior, aquél tuvo dos veces contacto sexual con un italiano, sin utilizar las medidas que le fueron indicadas. No se pudo determinar si contagió o no a esa persona. Posteriormente el acusado tuvo, cuando menos dos veces, contacto sexual con un alemán, sin informarle a este último acerca de su enfermedad. Cada una de las veces, el acusado tuvo consciencia de que durante el contacto sin protección podría transmitirle al alemán el virus del SIDA. Sin embargo, actuó en esos términos, con el fin de satisfacer su deseo y tomando en consideración el peligro de muerte que podía causar. No se pudo probar transmisión de enfermedad alguna.

II

El presente trabajo se centra en el análisis de uno de los temas de mayor polémica y discusión de la dogmática penal: el límite entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, el cual fue materia de investigación durante mi estadía en la Universidad de Bonn, Alemania (de 1998 a abril de 2000), donde tuve la inigualable oportunidad de asistir al seminario del Prof. Günther JAKOBS, al lado de quien obtuve el grado de *Magister iuris comparativi* (*M.iur.comp.*).

Previamente conviene dar un breve un breve repaso a nuestra legislación federal. Así, señala el artículo 9 del Código Penal Federal:

> "Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la reali-

> zación del hecho descrito por la ley. Sin embargo, obra culposamente el que produce el resultado típico que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y las condiciones personales".

Como se ve, nuestra legislación es clara. Existe dolo eventual cuando el sujeto activo, en conocimiento de la posibilidad de producción del resultado típico, quiere o acepta esa realización. Sin embargo, se habla de imprudencia consciente cuando, ante esa posibilidad, el agente confía en su no realización. Esto es, en ambas figuras se contiene un aspecto intelectual o cognoscitivo, pero en relación con el aspecto volitivo difieren. Lo anterior, ya que en el dolo, el agente quiere o al menos acepta la realización del resultado; en tanto que en la culpa, el agente confía en su no producción.

Por su parte, la legislación alemana, bajo un esquema muy distinto al nuestro, señala en su §16:

> "Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta".

De la transcripción que precede aparentemente se desprende que la diferencia entre el dolo y la culpa radica solamente en el aspecto cognoscitivo. Pero no es así, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargado de dotar de significado a esa definición. Ello, sin poder arribar a un consenso general, según se verá durante el desarrollo de este trabajo.

III

Todas las teorías coinciden en afirmar que para que se pueda imputar un resultado de dolo, en cualquiera de sus formas, debe existir necesariamente un elemento cognitivo. Pero, ¿qué requisitos debe satisfacer ese elemento cognitivo?; el criterio para diferenciar al dolo eventual de la culpa consciente, ¿será entonces el "conocimiento"?; ¿debe rechazarse al elemento volitivo como constitutivo del dolo eventual?

I. LAS TEORÍAS DE LA APROBACIÓN O DEL CONSENTIMIENTO

Estas teorías ponen especial significación en el elemento volitivo que se explica como la aprobación o el consentimiento de la realización típica. Esto es, junto a la previsión del resultado, se requiere que el sujeto activo lo haya aprobado interiormente, que haya estado de acuerdo con él.[1] Ahora bien, si se toma literalmente el término "aprobación", necesariamente se concluye que al agente le agrada dicho resultado, lo celebra, en pocas palabras le dice: ¡sí! Lo anterior, dado que de sostenerse lo contrario, no lo aprobaría. En este último caso, hablaríamos entonces de imprudencia consciente.

Las posturas modernas rechazan estas teorías pues, según ellas, llegan a resultados poco convincentes. En efecto, en el ejemplo 1, la muerte de M les era desagradable a los acusados K y J; sin embargo, no se puede afirmar que actuaron imprudentemente. Si el autor aprueba un resultado, generalmente concurre una intención o propósito. El que alguien apruebe el resultado (que forma parte de su plan), lo afronte con indiferencia o incluso lo lamente puede ser, en todo caso, importante para la medición de la pena, pero no puede influir en el carácter doloso del hecho.[2] Refiere ROXIN que para el elemento volitivo del dolo es suficiente que el sujeto incluya en su plan el resultado ya que con ello lo "quiere" en el sentido de una decisión en contra del valor jurídico. Esto es, no es preciso un ulterior desvalor de la actitud interna.[3]

El Supremo Tribunal Federal Alemán defendió siempre estas posturas, pero al resolver el caso citado en el ejemplo 1, llegó a la conclusión de que, de seguir adoptando estas teorías volitivas, necesariamente tendría que condenarse a K y a J por homicidio no intencional. La repercusión social de un fallo en esos términos, todos la podemos imaginar. Por ello, se dio a la

---

1 ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Berlin, 1930, pág. 92

2 ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 1997,§12/34 (en adelante *AT*).

3 ROXIN, *AT*, § 12/34.

tarea de encontrar una nueva explicación del dolo, a fin de solucionar el problema al que se enfrentaba. Esto último, sin tener que abandonar su postura. Así, condenó a los inculpados por homicidio intencional refiriendo que, la aceptación del resultado (que constituía el elemento decisivo de diferenciación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente), no significa necesariamente que el resultado deba corresponder con los deseos del sujeto. También puede existir dolo eventual cuando el agente no desea que el resultado típico se produzca. De esta forma, se aprueba el resultado, cuando en atención al objetivo perseguido, con tal de alcanzar la meta antes propuesta, se resigna a que su acción lo produzca, aunque no lo desee así pero, si llega a producirse sí lo desea "en sentido jurídico".

Esta postura del Supremo Tribunal fue considerada como excesivamente confusa. Analicemos por qué. Aprobar algo implica necesariamente tener un deseo en relación con ese algo. Si no tengo ningún deseo, entonces no se aprueba. Pero, no se puede aprobar (jurídicamente) y no aprobar (entendido en un lenguaje cotidiano) al mismo tiempo, como erróneamente se afirmó bajo el tecnicismo "aprobación en sentido jurídico".

II. LA TEORÍA DE LA INDIFERENCIA (ENGISCH)

Esta doctrina es una variante de las teorías aludidas en el apartado que antecede. Según ENGISCH concurre dolo eventual cuando el sujeto da por buenas o, por lo menos, recibe con indiferencia las consecuencias accesorias negativas meramente posibles; sin embargo, no puede decirse que existe aquél cuando el activo considera indeseable su producción, teniendo la esperanza de que no se presenten.[4]

Es correcto que ante la indiferencia se tipifique el dolo pero, en su apreciación inversa no convence. En efecto, a falta de indiferencia, no puede presumirse imprudencia. Lo anterior, dado que, de conformidad con esta teoría habría que concluir que K y J actuaron imprudente (lo que, como se

4 ENGISCH, Untersuchungen, págs. 190 y sigs.

dijo, repugnaría). No se puede exonerar de las consecuencias de una actuación a aquella persona que, consciente de la posibilidad de que aquéllas se produzcan, mantiene una esperanza en la que nadie puede confiar.

III. LAS TEORÍAS DE LA REPRESENTACIÓN O DE LA POSIBILIDAD (SCHRÖDER, SCHMIDHÄUSER)

En contraposición a las teorías de la voluntad, las teorías de la representación o de la posibilidad se basan en momentos intelectivos para determinar el límite entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. En su versión más radical pugnan porque la mera representación de la posibilidad del resultado, desprovisto de todo elemento volitivo, fundamenta por sí solo el dolo. Para estas teorías, actúa dolosamente aquella persona que, a pesar de haberse representado la posibilidad de producción del resultado, no desiste de su comportamiento.[5]

En relación con el tecnicismo "confiar en que el resultado no se va a producir" señalan que cuando el agente así confía, en realidad, niega la posibilidad de que efectivamente acaezca, por tanto, no concurre dolo eventual.[6]

En este sentido, se acaba por negar la existencia de la imprudencia consciente: "toda imprudencia es imprudencia inconsciente".[7] Dolo e imprudencia se diferencian tanto como lo hacen conocimiento y desconocimiento, afirma SCHMIDHÄUSER.[8]

Está claro que estas teorías concluyen que en el ejemplo 1, los acusados K y J actuaron con dolo eventual al privar de la vida a M.

---

5 SCHRÖDER, "Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs", *Festschrift für W. Sauer*, Berlin, 1949, pág. 231.

6 SCHRÖDER, "Aufbau", pág. 231.

7 SCHRÖDER, "Aufbau", pág. 245.

8 Citado por ROXIN, *JuS* 1964, pág. 55. Al respecto, también SCHUMANN, *JZ* 1989, pág. 432

En principio esta postura parece convincente. Así es, quien a pesar de representarse la posibilidad de producción del resultado típico, continúa con su comportamiento, actúa dolosamente. A pesar de ello, ROXIN trae a colación ciertos casos en los que el sujeto, a pesar de esa representación, por negligencia o ligereza, cuenta seriamente con la idea de que no va a suceder.[9] Por ejemplo: quien tira una colilla de cigarro en la calle y produce un incendio. En estos casos, a pesar de la representación no puede afirmarse que haya actuado dolosamente.

Sobre el particular dicho autor refiere que en esas circunstancias, el sujeto activo no ha tomado una decisión en contra de algún bien jurídico, por ende, no concurre dolo. Por otro lado, JAKOBS soluciona esa problemática, apoyándose en la relevancia del riesgo que se produce. Esto es, según la doctrina de este último autor, para afirmar la existencia del dolo eventual, el riesgo debe ser tan importante que debe surgir en el sujeto un motivo dominante que lo impulse a abandonar su conducta, evitando así su producción. Si el riesgo (como en el ejemplo ahora citado) no es lo suficientemente relevante, queda como "*quantité negligeable*"[10] (esto es, sin influencia) para el Derecho Penal. Es verdad que la relevancia del riesgo no se puede determinar de una forma general, sino que debe analizarse en cada caso particular, dependiendo de la importancia del bien jurídico en riesgo, así como de la intensidad de este último. De ello hablaremos con mayor detenimiento al analizar la teoría de JAKOBS.

No son pocos los autores que hablan de un *quantum* de factores causales o de grados de probabilidad para determinar si, en la especie, concurre dolo eventual en el sujeto activo o no. Sin embargo, todas ellas concluyen de una u otra forma en lo mismo: si el activo considera más o menos probable la producción del resultado es, cuando menos, un indicio de que aquél "tomó en serio" esa posibilidad o que "contó con ella", por tanto, se está ante la presencia del dolo eventual.

---

9 ROXIN, *AT*, § 12/39.

10 JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin/New York, 1993, 8/30 (en adelante AT).

IV. DOLO E IMPUTACIÓN (PUPPE)

Esta autora, en su monografía "*Vorsatz und Zurechnung*" (Dolo e imputación), así como en el Comentario al §15 del Código Penal Alemán (Edición Nomos Kommentar), coincide con las teorías de la probabilidad, pero plantea el problema desde una perspectiva valorativa.

Para encontrar una solución al problema que nos ocupa, en primer término se diferencia entre peligros de dolo y peligros de imprudencia. Los primeros, según aquélla, concurren cuando el activo, consciente del peligro, expresa un método idóneo para la obtención del resultado típico.[11] Pero si la intención actúa sobre un peligro inadecuado para conseguir dicho resultado, por mucha voluntad que concurra, no puede afirmarse la existencia de dolo.[12]

Ahora bien, en relación con el juicio de idoneidad o no idoneidad del peligro de causación de un resultado, PUPPE refiere que "es el derecho y no el autor"[13] el competente para emitirlo (de ahí el planteamiento valorativo de su doctrina). Lo anterior, dado que ese juicio no es una cuestión fáctica sino eminentemente jurídica.

En el ejemplo de partida, PUPPE también afirma la existencia del dolo, puesto que ambos acusados se representaron el peligro (de privación de la vida de M). Tan es así que cambiaron el plan, sin embargo regresaron a él, como un método idóneo para sustraer los bienes de la casa de aquél.

La crítica que se dirige en contra de esta teoría señala que no alcanza un resultado generalizable, puesto que la idoneidad de un peligro para la producción de un resultado, no en todos los casos (casos-límite), es posible determinar.[14]

---

11 PUPPE, *Nomos Kommentar*, § 15.90 (en adelante *NK*).

12 PUPPE, *NK*, § 15.111.

13 PUPPE, *NK*, §15.61.

14 Así SCHROTH, en *Vorsatz als Aneignung der unrechts-konstituierende Merkmale*, Frankfurt a. Main, 1994, págs. 93 a 94.

V. La teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación (A. Kaufmann)

El autor finalista señala que existe imprudencia consciente cuando el sujeto activo se ha representado la posibilidad de resultado, pero su voluntad se dirige a evitarlo. En ella, el activo, en su actuación influyente del resultado, establece simultáneamente factores en contra, con cuya ayuda intenta conducir el suceso de manera que no se produzca una consecuencia accesoria representada como posible.[15] De esta manera se presupone que el autor imprudente concede a su habilidad "una oportunidad real",[16] confiando en que tenga éxito.

Por otro lado, existe dolo eventual, cuando no se pone en práctica la voluntad de evitación del resultado típico, esto es, cuando el activo deja que continúe el curso causal sin hacer nada en contra, pues se ha resignado al resultado.

Esta teoría aporta buenos indicios para la explicación del dolo eventual pero no más. En efecto, por un lado la negligencia o ligereza humana tiende con no poca frecuencia a confiar en el destino, sin aplicar especiales medidas de precaución (es decir, también se afirma la existe de culpa, aun cuando no se interpongan factores de evitación del resultado; piénsese en el caso antes mencionado en que se tira la colilla del cigarro en un lugar con peligro de incendio); y, por otro lado, los esfuerzos de evitación tampoco pueden excluir el dolo cuando ni el propio sujeto confía en su éxito. Así sucede en el ejemplo inicial: los sujetos habían "dosificado" el estrangulamiento de M y de esta manera habían tenido la esperanza de evitar su muerte, con la que, sin embargo, seguían contando seriamente. No obstante lo anterior, no se les puede dejar de reprochar su actuación dolosa: quien establece factores en contra y a pesar de ello incluye en sus cálculos el fracaso, no merece otro trato que quien desde el principio fija y evalúa la probabilidad de realización del tipo, sin que desista de su **conducta.**

15 Kaufmann, *ZStW* 70 (1958), pág. 74.

16 Kaufmann, *ZStW* 70 (1958), pág. 77.

VI. EL DOLO JURÍDICO PENAL SOBRE LA BASE DE LA TEORÍA COGNITIVA DE LA ACCIÓN (KARGL)

Este autor expone su teoría, en su obra *"Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlugstheorie"* (1993), de un modo completamente distinto, pues se apoya en estudios psiquiátricos de LEMPP.[17] Este último, en relación con el elemento volitivo del dolo, llegó a afirmar que sólo en 18 de cada 80 casos de homicidio, se pudo constatar que el autor quiso realmente privar de la vida a su víctima; en tanto que en el resto de los casos, por lo que hace al elemento intelectual, si se analiza al agente al momento de cometer la conducta, se concluye que el autor no se representó en ese instante las consecuencias de su actuar, esto es, se "oculta el crimen frente a sí mismo".[18] Lo anterior, dado que en ciertos estados emotivos, tanto el pensamiento como la capacidad de pensar, por la agitación, se encuentran restringidos o bien, incluso suprimidos.

En relación con el momento de ejecución de un injusto, KARGL señala que la mayoría de las doctrinas cometen el error de analizar al sujeto activo, como un hombre racional, esto es, como un sujeto que puede aprehender la existencia del riesgo, calcular las posibilidades de que el resultado acaezca y en función de dicho cálculo y de sus intereses decide actuar. Lo anterior, según se dijo, en la gran mayoría de los casos, no ocurre atenta la a "ocultación del hecho frente a sí mismo por parte del autor".

En el caso de partida, recuérdese que fue durante la planeación del robo en que K y J se representaron las consecuencias que posiblemente podrían suceder; por ello cambiaron de planes y, en el momento de la conducta, no se puede afirmar con certeza que se hayan representado la posibilidad de homicidio. Ahora bien, una vez ejecutada la conducta que desencadenaría la muerte de M, los acusados intentaron, aunque demasiado tarde, maniobras de reanimación.

---

17 Denominado *Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden* (1977).

18 KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, Frankfurt a. Main, 1993, págs. 17 y sigs.

En relación con la división entre elementos intelectuales, por un lado, y cognitivos por otro, el autor en estudio manifiesta que esa tajante separación es imposible, dada la realidad psíquica del sujeto. Se pregunta: ¿existe una acción en conocimiento de la posibilidad de lesión que no sea voluntaria?; o mejor dicho ¿existe una acción no dolosa aún en conocimiento de la posibilidad de lesión?[19] A través de las anteriores preguntas Kargl, va delimitando al dolo en el sentido de equipararlo al conocimiento, sin descartar que sólo en pocos casos puede acreditarse que el sujeto activo, en el momento de estar desplegando su conducta, realmente conozca. Así, para él, los elementos volitivos derivan de los cognitivos. Del mismo modo en que no puede haber una voluntad vacía, no se puede querer lo que no se conoce. Tampoco puede existir un conocimiento vacío, es decir desprovisto de emotividad, valoración o decisión. La voluntad y el intelecto no pueden enfrentarse como dos realidades contrapuestas.

De lo anterior deriva una teoría que se denominó como "lógica emocional" (*Affektlogik*, del suizo Ciompi):[20] conocer es querer y querer es conocer.[21] Por tanto, el problema se trata de determinar en qué casos se da el conocimiento adecuado para considerar que el agente delictivo también quiso el resultado que llevó a cabo. En el conocimiento se incluye la representación del peligro como altamente probable de que acaezca, pero para que no quepa duda de que existe dolo, en esos casos, debe poder acreditarse que el activo haya podido reconocer su querer o bien su decisión (es decir que no se haya "ocultado el delito frente a sí mismo"). Si el autor no se representa el peligro como altamente probable, entonces no hay conocimiento en realidad, por lo que se concluye entonces la existencia de imprudencia.

La crítica a esta teoría se basa en que si bien puede dar un concepto claro del dolo, dicho concepto sólo puede aplicarse en los delitos en los que el agen-

19 Kargl, *Der strafrechtliche*, pág. 32.

20 Ciompi, *Affektlogik. Über die Struktur der Psyche und ihre Entwicklung* (1994).

21 Citado por Kargl, en *Der strafrechtliche*, págs. 61 y sigs.

te se encuentra en un estado emotivo demasiado anormal, pero ¿cómo habrá de analizarse un delito económico, en los que no existe tal emotividad?

VII. LA TEORÍA DEL RIESGO (FRISCH)

En su monografía "Vorsatz und Risiko" (1983), el autor señala que el objeto del dolo no puede ser los elementos del tipo penal, pues el conocimiento no puede referirse al resultado típico, simplemente por la sencilla razón de que éste aún no se ha producido en el curso causal, en virtud de que éste a penas va en la acción cuando se debe dar el dolo.[22] Entonces el objeto del dolo sólo puede ser la conducta típica, es decir aquella conducta que encierra en sí misma un riesgo no permitido (en nuestro caso de partida, el riesgo de que M pierda la vida).

Para afirmar la existencia del dolo eventual, al autor en estudio le basta con que el agente del delito conozca el riesgo no permitido. Lo anterior, sin requerir ningún componente volitivo, pues con ello ya decide en contra del bien jurídico.[23] Sin embargo, si el activo, tras representarse un peligro concreto, estima que por alguna razón no va a pasa nada, entonces no obra dolosamente, pues al confiar en que el resultado no se va a producir no se ha decidido en contra del orden normativo.

Crítica: si conoce que se trata de un riesgo social no permitido, naturalmente sabe que se trata de un resultado típico, independientemente de que éste, al momento de ejecutar la conducta (en que se debe dar el dolo) aún no se ha dado. Es cierto que se trata de un conocimiento pronóstico, pero nunca se ha entendido el mismo de otro modo (previsión, propósito, intención, etc.).

VIII. TEORÍA DE LA CALCULABILIDAD (ROXIN)

El autor señala que quien, conforme a su plan, incluya en sus cálculos la posible realización de un tipo penal, es decir, quien tome en serio dicha po-

22 FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983, pág. 55.

23 FRISCH, *Vorsatz*, págs. 263 y sigs.

sibilidad sin que le disuada su plan, se decide conscientemente en contra del orden jurídico. Lo anterior, independientemente de que esa decisión pueda no serle agradable. Según Roxin, es precisamente esa decisión lo que diferencia al dolo eventual de la imprudencia consciente. En efecto, en el dolo existe un contenido de desvalor (decisión por el injusto), en tanto que la culpa no lo contiene.[24]

Ejemplo:[25] Si alguien, a pesar de la advertencia de su acompañante, adelanta de manera arriesgada y provoca así un accidente, este accidente no será causado de manera dolosa, sino por imprudencia consciente. Esto último pues, aunque el sujeto conocía las posibles consecuencias, por así habérselas advertido su acompañante, sin embargo, pese a esa consciencia del riesgo, confió en poder evitar el resultado mediante su habilidad al volante. De no ser así, hubiera desistido de su actuación, porque él mismo hubiera sido la primera víctima de su comportamiento. Esta confianza, por tanto, la entiende el autor no como una decisión en contra del orden jurídico. Por tanto, en esos casos, Roxin afirma que se trata de casos culposos, en los que lo que se reprocha al sujeto es su negligencia o ligereza.

Para Roxin, la denominación "dolo eventual o condicionado" es incorrecta. Pues el dolo, como la expresión de la voluntad realizadora de un plan, no es eventual o condicionado; por el contrario, es incondicional. Lo anterior, dado que el sujeto activo quiere ejecutar su proyecto, incluso al precio de la realización típica, o sea "bajo cualquier eventualidad o condición". Sólo la producción del resultado depende de eventualidades o condiciones inciertas, pero no el dolo, pues la voluntad no es la condicionada.[26]

Crítica: esta teoría aporta buenos indicios para la determinación del dolo eventual; sin embargo, en la práctica no es tan fácil acreditar cuándo el inculpado se decidió en contra del bien jurídico y cuándo confió en que el

24 Roxin, *AT*, §12/23.

25 Citado por el autor en *AT*, § 12/34.

26 Roxin, *AT*, § 12/24.

resultado no se produjera. ROXIN admite que esa determinación no puede analizarse desde el punto de vista meramente psicológico, sino que debe obedecer a parámetros normativos. En este sentido, a quien le es indiferente la producción o no del tipo, en realidad sí se decide en contra del bien jurídico, pues no desiste de su proyecto. Por tanto, esa decisión no requiere ser un acto de voluntad reflexivo. Lo que se precisa es que encierre una determinación o, en palabras del autor, una "resolución", es decir se trata de actos concluyentes.

IX. LA NO IMPROBABLE PRODUCCIÓN DEL RESULTADO Y LA HABITUACIÓN AL RIESGO (JAKOBS)

Este autor, atento el Código Penal Alemán, manifiesta que si hay desconocimiento de una circunstancia que corresponda a la realización del tipo, no hay dolo. En este sentido, el motivo de ese desconocimiento es, para él, irrelevante. Por tanto, el límite del que hablamos según su doctrina, se determina, conforme a una base cognitiva, pero atentos los principios generales de la imputación objetiva.

Conforme a ellos, el autor da ciertas pautas para distinguir un hecho doloso de uno imprudencial. Una regla importante la denomina "ceguera de los hechos". Según ésta, el agente, aun cuando tenga conocimiento del injusto, su conducta no puede ser catalogada como dolosa, si no repara en las consecuencias de su actuar. Lo anterior, lo explica a través de un ejemplo:[27]

> Si un conductor en estado de embriaguez maneja a toda velocidad y atropella a un agente de tránsito que cierra el paso para que pase la circulación sobre la calle transversal, sólo habrá actuado con dolo de homicidio si al menos pensó que quizá el policía se apartaría de su camino demasiado tarde; si la vida del policía no le parece digno de consideración concurrirá, a lo sumo, imprudencia.

Para JAKOBS carece de importancia si el autor en su actitud interna ha aprobado o no la producción de una consecuencia. Ello, constituye una mera

27 JAKOBS, *AT*, 8/5a.

"floritura retórica",[28] que no tiene nada que ver con la dirección que el autor le da a su conducta (de evitar o no), sino a lo sumo con los motivos para no haber hecho uso de la posibilidad de dirección. Concluye que los motivos, según se dijo no aportan nada para la graduación del aspecto subjetivo de la acción.

En este orden de ideas, lo importante es la existencia o no existencia de un motivo dominante que influya en la evitación —o no— del resultado. Lo anterior, depende exclusivamente de cómo el autor aprecie la situación y las consecuencias que posiblemente se van a dar (esto es, que no exista una ceguera de los hechos). Si se sabe que la conexión entre acción y consecuencia no es improbable, en el ámbito de lo lícito, debe surgir en el autor, sin ulterior reflexión, la necesidad de omitir la acción (motivo dominante);[29] si se desconoce la conexión no habrá dolo . De ahí que lo importante sea el conocimiento sobre la situación y el curso causal. Esto último dio lugar a que se etiquetara esta teoría de demasiado intelectual.

Continúa señalando el autor que, por lo antes dicho, el activo que no quiera reflexionar sobre la conexión entre acción y consecuencia, no obra dolosamente. Lo anterior, dado que lo que importa es el conocimiento de que no es improbable la realización del tipo. Este conocimiento debe tratarse a través de un juicio válido para el sujeto y no sólo especulativo. Así pues, quien no ha decidido entre la representación del peligro y la esperanza de que la acción se desarrollará sin consecuencias, tampoco ha decidido que el resultado no sea improbable. Concurrirá dolo eventual cuando en el momento de la acción el actor juzga que en la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción.[30] El mero "pensar en", sin cualidad de juicio, puede denominarse imprudencia consciente.

En el ejemplo de partida habrá dolo eventual si los activos, a pesar de haber cambiado de planes, en el momento de ejecutar su acción, se vuelven

28 JAKOBS, *AT*, 8/21.

29 JAKOBS, *AT*, 8/22.

30 JAKOBS, *AT*, 8/23.

a representar el carácter letal del procedimiento de apretar el cuello de la víctima; en el caso del SIDA hay dolo de lesiones, si el autor sabe que puede contagiar a su víctima de una enfermedad y dolo de homicidio si sabe que su pareja puede morir.

Otros ejemplos más:

A) Si el atractivo de un juego reside en el riesgo de realización de un tipo (ruleta rusa), por lo general los jugadores tienen dolo.

B) El fallo de una intervención quirúrgica cognosciblemente arriesgada. Esto, porque también se realizan dolosamente aquellas consecuencias de la acción que el autor se esfuerza en evitar en las que, sin embargo, se da cuenta que no es improbable un fallo de su esfuerzo.

A la concepción de JAKOBS se aproximan aquellas posturas según las cuales concurre dolo eventual cuando el autor se resigna a la realización del tipo o la toma en serio o cuenta con ella, no confiando en que no vaya a producirse. La diferencia con ellas radica en que estas posturas (que tachan a JAKOBS de excesivamente intelectual) subestiman la repercusión de la ligereza, la represión de los escrúpulos, etc. sobre el aspecto intelectual.

Las actitudes mencionadas (entendiendo por ellas el "resignarse", "tomar en serio", "contar con") cabría entenderlas dentro del elemento cognitivo. El autor que decide seriamente no puede basarse en un "no resignarse" o en un "no tomar en serio"; pero si falta un juicio serio de que la realización del tipo no es improbable, no hay dolo.

No se puede entender a las "teorías de la actitud" de otra forma. Dice textualmente el autor:[31] imagínese un incendio en el que probablemente resulten lesionadas varias personas, unas de ellas le desagradan al autor, pero otras no; entonces, de conformidad con las teorías analizadas en los términos en que fueron expuestas, habría dolo respecto de las primeras, pero no respecto de las segundas. ¡Ello sería una ficción!

31 JAKOBS, *AT*, 8/26.

Regresando a la sentencia de Supremo Tribunal Federal Alemán (BHG 7,363), en concreto, en relación con el término ahí empleado "aprobar en sentido jurídico", JAKOBS señala que, el agente, aprueba un resultado desde el momento en que para él, constituye un medio para alcanzar el fin perseguido. Así, se resigna a que su acción realice el resultado —en sí no deseado—, queriéndolo en caso de que concurra. Dado que el actor actúa a pesar de tener conocimiento de las consecuencias, no le queda otra posibilidad que "resignarse" o "aprobar" o "querer en sentido jurídico". En este sentido, tales actitudes (aunque de significado discutible) resultan inocuas.

Reiteremos, para JAKOBS concurre dolo eventual siempre y cuando el sujeto activo, haya enjuiciado seriamente que no es improbable que el resultado típico se produzca. Ahora bien, ¿cómo se sabe que el riesgo de producción de resultado es lo suficientemente probable? El límite inferior de ese juicio, se determina mediante la relevancia de ese riesgo percibido para la decisión; debe ser tan importante como para que conduzca, dado un motivo dominante de evitar la realización, a la evitación real y no que quede, como *quantité négligeable.*[32] La relevancia para la decisión depende de la importancia del bien afectado y de la intensidad del riesgo.

Ambas, esto es, tanto la importancia del bien, como la intensidad del riesgo, se deben determinar objetivamente: decide la estimación jurídica, no la estimación subjetiva del autor. Si un riesgo percibido no es relevante para el autor en la toma de su decisión (porque, por indiferencia valora escasamente el bien o lo subestima, por ignorancia jurídica —error de prohibición), ello no impide el dolo, si de una valoración jurídica se hace derivar una medida relevante en la toma de decisión. Asimismo, el riesgo no permitido no deja de ser relevante, aun cuando el autor lo siga considerando incidental.

Sin embargo, aquí se derivan diversas particularidades en la que, según JAKOBS, no se puede afirmar la existencia de dolo (habituación al riesgo). Veamos[33]:

32 JAKOBS, *AT*, 8/30.

33 Ejemplos aportados por JAKOBS en *AT*, 8/31.

Un gran número de riesgos no permitidos (circulación vehicular), están referidos a situaciones que, estadísticamente, se perciben como posiblemente dañosas pero individualmente no: quien moderadamente bebido conduce un automóvil, origina un riesgo estadísticamente predecible, pero individualmente insignificante si hay una habituación a ese riesgo. Tales riesgos no son individualmente insignificantes sólo por su escasa intensidad; más bien, el individuo sólo puede desenvolverse en la práctica si aprende a arreglárselas con tales riesgos a pesar de la intensidad que tienen, por escasa que ésta sea. Son riesgos cotidianos y se aprende a tolerarlos por las ventajas del contacto social. En ellos se olvida que deben evitarse porque pueden producir un resultado típico, por insignificante que sea.

Es verdad, nadie puede decir que se ha acostumbrado a una vida especialmente peligrosa y que cree capaces de peligros especiales también a otras personas. Pero si la habituación al riesgo es consecuencia de un comportamiento ineludible en la práctica, entonces resulta conforme a Derecho la no imputación dolosa si es que el resultado se da.

Así pues, el riesgo comienza a ser relevante para la decisión y basta para el dolo cuando no sólo no está permitido según su magnitud, sino que además sobrepasa la medida que debe aceptarse aún en general como riesgo no permitido impuesto.

Otros ejemplos de habituación al riesgo: superar la velocidad máxima o no respetar la distancia de seguridad. Por el contrario, sí se habla de dolo cuando "a ciegas" se salta alguien un semáforo en rojo y atropella a una persona.

IV

Antes del caso de la correa de cuero (1955), el Supremo Tribunal Federal Alemán fue partidario de las teorías volitivas (de las actitudes, según JAKOBS), según las cuales, para afirmar la existencia del dolo, según se dijo, no era suficiente con que el autor se representara como posibles las consecuencias típicas, sino que además debía adoptar una actitud interna frente a ellas.

Como ese resultado en la sentencia antes mencionada, no satisfacía y, a fin de no abandonar (cuando menos formalmente) esa postura, el BGH echó mano de un concepto tan confuso como lo es el "aprobar en sentido jurídico", el cual se mantuvo pero no por no por mucho tiempo. En esa sentencia, en lo conducente, se dijo:

> "... Lo correcto es que el conocimiento de las posibles consecuencias de una conducta y la aprobación de esas consecuencias constituyen dos condiciones independientes del dolo eventual... Las circunstancias hablan a favor de los acusados, en el sentido de que la muerte de M, no les era para nada deseable. La aprobación del resultado típico, que constituye la característica delimitadora entre el dolo eventual y la culpa consciente, no significa que el resultado típico deba corresponder con el querer del activo. Puede existir dolo eventual cuando no se desea la producción del resultado. En efecto, jurídicamente se aprueba aquél aun cuando, para conseguir la meta que se propuso, no pueda evitarse y se resigne a él, es decir, su actuar no corresponde al querer pero debe ser para conseguir el fin... El dolo eventual se diferencia de la culpa consciente en que el autor culposo confía en que el posible resultado que se previó no se vaya a dar..."

Como se señaló, desde el punto de vista formal-constructivo el BHG siguió la teoría de la aprobación, sin embargo, desde el punto de vista material, con tal de tener por demostrado el dolo eventual, en el caso, le bastó el que K y J se hubieran "resignado al resultado".

De ahí la importancia de ese fallo, pues a partir de él, se abandonó la jurisprudencia anterior, en la que siempre se puso de relevancia que el "tomar en cuenta" el resultado típico no era suficiente para afirmar la existencia del dolo eventual, sino que se requería mucho más, es decir de una aprobación (en lenguaje cotidiano) del resultado en el autor.

En la sentencia BGHSt 7, 363 no se trató de un cambio de opinión definitivo del BGH. En efecto, sentencias posteriores demostraron que el Supremo Tribunal regresó a su antigua postura. Prueba de lo anterior, fue el fallo publicado GA 1958, págs. 163 y sigs. En esa decisión el BGH, para

afirmar la existencia del dolo eventual exigió que el activo no solamente aprobara internamente el resultado típico, de una manera fingida (como se venía tratando a través del formulismo "aprobar en sentido jurídico), sino real pues el jurado partió del hecho de que en el dolo se requiere de una aprobación interna del resultado típico en el autor, ya que un simple tomar en cuenta no es suficiente. Esto es, se habló nuevamente de dos elementos en el dolo: conocer y querer.

Así, en la sentencia JZ 1989, pág. 449, el Tribunal también sostuvo, sin ningún conocimiento terminológico, el criterio ritual de la "aprobación", en el sentido de requerir el elemento volitivo: "...una cachetada con coraje sobre la nuca de un niño pequeño no conduce, a pesar de la evidente puesta en peligro de su vida, al dolo eventual; por el contrario, el dolo contiene dos elementos: el saber y querer la realización del tipo penal... En el dolo eventual, el elemento volitivo tiene como condición la aprobación de tomar en cuenta la producción del resultado. Con el saber de la peligrosidad de su comportamiento todavía no se dice nada, respecto de si el autor acepta la producción del resultado, es decir que internamente se ha resignado a él...."

No fueron pocos los autores que reconocieron la dificultad de extraer la frontera que nos ocupa, concluyendo que la misma sólo se puede obtener, en cada caso concreto a través de la prueba indiciaria o circunstancial .

Es así como aparece en la jurisprudencia alemana un nuevo concepto o teoría denominada del "umbral inhibitorio". Lo anterior, sin que se descarte la postura volitiva. Esa teoría, se explicó de la siguiente manera: ante el dolo de matar siempre existe una barrera inhibitoria, mucho más alta que ante el dolo de peligro. He ahí el porqué se expuso, al principio de este trabajo el ejemplo 2, conocido como "el caso del SIDA".

El BGH, continuando con su postura voluntativa, afirmó la existencia del dolo eventual en relación con el delito de lesiones peligrosas y, de esta forma, concluyó que la persona infectada, con conocimiento de la posibilidad de propagar el SIDA, que tenga relaciones sexuales, sin tomar las medidas de protección necesarias, debe ser penado por el delito doloso de lesio-

nes peligrosas. Si no se puede comprobar la infección en el pasivo se penalizará como tentativa.

El Tribunal justificó el resultado al que llegó, a través de lo que denominó "umbral inhibitorio", según el cual, para superar el "tabú del dolo homicidio", ese dolo debe contener un motivo que rebasa la capacidad de inhibirse de la conducta. Si no se entiende porqué el autor ha rebasado ese umbral inhibitorio, entonces no puede afirmarse la existencia del dolo eventual. Por el contrario, en ese caso estamos hablando de culpa consciente.

Surgieron entonces en la doctrina las siguientes interrogantes: ¿se trata de un requisito volitivo del dolo independiente?; o bien, ¿constituye una regla probatoria, en relación con el saber del activo? En este último caso, la regla sería la siguiente: por haber rebasado el umbral inhibitorio y ante la ausencia de un motivo que explique el porqué se rebasó el mismo debe, con fundamento en principio general de derecho *in dubio pro reo,* partirse de la base que el autor, a pesar de las evidencias de la posible realización del resultado, no tenía el conocimiento relevante.

Jakobs tacha esta teoría de incomprensible, pues para que una persona actúe dolosamente debe tener un motivo especial ("comprensible"). Esto, por encima del bien jurídico vida.[34] En la práctica debe meditarse si para el activo tiene más valor su satisfacción sexual que la vida de la víctima. Como esto no puede afirmarse tan fácilmente aparece la regla de la prueba "*in dubio por reo*".

En resumen: el Supremo Tribunal Federal Alemán no se ha atrevido a abandonar las características emocionales del dolo, sino que trata, de distintas formas y maneras, de concretizar el tan ajeno elemento volitivo. Lo anterior ha tranquilizado pues, hasta el momento, ha trabajado con formas sin contenido, esto es, incomprensibles ("umbral inhibitorio"), o en sí mismas contradictorias ("querer en sentido jurídico"), las que si bien han sido demasiado confusas, precisamente por su escaso contenido, no han trascendido.

34 Jakobs, *AT*, 8/28, nota 64 b.

V

Hablemos ahora de la jurisprudencia mexicana. En ésta, los criterios sobre el tema que nos ocupa, constituyen básicamente tesis aisladas. En ellas se hace referencia al dolo eventual, pero en materia de coparticipación: existe dolo eventual cuando, habiendo consenso en que varias personas tomen parte en la perpetración de un injusto, alguno o algunos de ellos, para lograr el fin propuesto por todos, comete otro ilícito. Lo anterior, siempre y cuando el segundo delito (por el que se responde eventualmente) sea una consecuencia necesaria o natural del primer delito o de los medios empleados (doctrinariamente denominados delitos emergentes).

También se hace alusión al tema que nos ocupa, cuando se intenta diferenciar al dolo eventual del caso fortuito. En éste, se requiere que se ejecute un hecho lícito (curso casual imprevisible), con todas las precauciones debidas, sin intención ni imprudencia del agente.

Terminológicamente las tesis jurisprudenciales hablan de:

a) Conocimiento y admisión del riesgo.

b) No plena certeza de la tipicidad y aceptación de la posibilidad del resultado.

c) Representación de la posibilidad o contingencia del delito y aceptación por su no renunciamiento.

d) Alta probabilidad de realización y ejecución de la conducta por indiferencia.

e) Intención y aceptación de consecuencias

f) Reconocimiento de idoneidad para la producción de un resultado y aceptación.

g) Previsión de las consecuencias por ser un efecto ordinario de la conducta y estar al alcance del común de la gente tal previsión.

h) Aceptación por la no realización de una conducta tendente a evitar el resultado típico.

No está por demás, citar algunos de los criterios antes mencionados:

"**IMPRUDENCIA, DELITOS POR CULPA CONSCIENTE.** Si el inculpado previó el resultado dañoso, pero abrigó la esperanza de que no se produjese, su comportamiento establece la causa decisiva del daño habido y éste le es imputable a título de culpa consciente". (Jurisprudencia del Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Número 177, visible a página 101, Tomo II Parte Suprema Corte de Justicia de la Nación, Apéndice de 1995, Sexta Época).

"**DELITO EMERGENTE, ARTÍCULO 29 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ.** En la figura legal conocida doctrinariamente como delito emergente, se establece como condición indispensable el dolo eventual, que se actualiza cuando varios individuos se organizan para cometer un delito determinado (en la inteligencia de que debe quedar demostrado que se pusieron de acuerdo para cometerlo); y si durante su ejecución uno de ellos comete un delito diverso, todos los participantes son responsables del nuevo delito, porque existió acuerdo previo en la comisión del primer ilícito. Por tanto, todos deben responder por el segundo, aunque no hayan sido quienes materialmente lo cometieron, ya sea porque éste fue el medio adecuado para cometer el principal o sea consecuencia necesaria o natural del primer delito o de los medios concertados para cometerlo, pues la previsión del legislador incluye la responsabilidad de todos los participantes del resultado típico producido y no acordado, en el caso en que los activos pudiendo prever el resultado lo aceptan. Por otra parte, excluye de esa responsabilidad a quienes no hubiesen estado presentes en la ejecución del segundo delito, siempre y cuando dicho delito no haya sido el medio adecuado para cometer el primero, ni sea su consecuencia necesaria o natural, ni de los medios concertados para cometerlo, o cuando hubiesen hecho todo cuanto estaba de su parte para impedirlo". (Tesis VII. 1o.P3 P, visible a página 863, Tomo XII, Noviembre de 2000, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*).

"**COPARTICIPACIÓN DELICTIVA. SU EXISTENCIA REQUIERE ACUERDO ENTRE LOS PARTÍCIPES.** Para que se acredite la coparticipación delictiva en un concurso eventual de agentes, es menester que exista consenso en todos los individuos que tomarán parte en la perpetración del injusto, evidenciándose de esta manera su deseo de delinquir y, por ende, el dolo en cada uno de ellos. La cuota de participación puede ser previa, concomitante o posterior a la consumación del delito, pero sea cual fuere la elegida, la nota esencial de la misma estriba en la voluntariedad y el nexo psíquico que debe haber entre los que participan para la producción del resultado típico, circunstancia que no se actualiza cuando por ejemplo, alguien se presenta a un lugar donde se está cometiendo un ilícito sexual, limitándose sólo a observar, sin que exista prueba de acuerdo previo o de que de alguna manera hubiese cooperado y ayudado para que se materializara la infracción, ni tampoco exista evidencia de que hubiera puesto condición para la ejecución del antijurídico, debiendo concluirse en tal caso, que no se puede fincar responsabilidad penal a título de copartícipe, toda vez que no existe nexo causal entre la conducta y el resultado". (Tesis XIV. 2o.15 P, visible a página 626, Tomo IV, Septiembre de 1996, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*).

"**DOLO EVENTUAL, EN LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA, SU CONCURRENCIA.** Si en el caso el procesado tenía en mente como posible que al imprimir mayor velocidad al vehículo que conducía, podría atropellar a alguna de las personas que se encontraban en el lugar de los hechos, celebrando el resultado de un partido de fútbol, y causarle lesiones o incluso, la muerte, tal y como ocurrió; y a pesar de ello el sujeto activo no renunció a la ejecución de su conducta aceptando sus consecuencias, debe estimarse que actuó con dolo eventual porque al proceder de la manera en que lo hizo, conocía el resultado y admitió el riesgo de su comportamiento, por lo que no puede considerarse su conducta como culposa". (Tesis VI. 2o.38 P, visible a página 517, Tomo II, Diciembre de 1995, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*).

"**HOMICIDIO, DELITO DE DOLO EVENTUAL.** El hecho de que el quejoso señale, que no tuvo la certeza de que se privaría de la vida al pasivo, dado que con su coacusado no existió un acuerdo o concierto previo para cometer el delito de homicidio (dolo directo), no lo exime de responsabilidad, ya que, de autos se desprende que ambos convinieron en causarle un mal al hoy occiso, esto es, golpearlo, ocasionarle un menoscabo en su salud u otras conductas análogas, todas ellas antijurídicas, en las cuales estuvo de acuerdo en participar, y que podían traer como resultado el fallecimiento del ofendido, situación en la que sin lugar a dudas existió en la conducta del sentenciado dolo eventual, esto es, que aun cuando no conocía con certeza la existencia de los elementos requeridos por el tipo objetivo, aceptó la posibilidad del resultado". (Tesis III. 2o.P8 P, visible a página 527, Tomo II, Diciembre de 1995, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*).

"**DOLO EVENTUAL EN CASO DE ROBO Y LESIONES.** Aunque los acusados no hayan ejecutado materialmente el delito de lesiones, ni se hayan puesto de acuerdo expresamente con el que lo realizó, como todos ellos acordaron ejecutar el delito principal, o sea el de robo, empleando la violencia y armados con pistolas, es claro que dichos acusados también resultan responsables del delito emergente de lesiones, pues este último surgió como una consecuencia del delito principal y de los medios empleados de común acuerdo para llevarlo a cabo". (Tesis VII visible a página 562, Tomo XIII, Junio de 1994, Octava Época, del *Semanario Judicial de la Federación*).

"**DOLO EVENTUAL. DELITO CONTRA LA SALUD. MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN. CONFIGURACIÓN DEL.** Si en preparatoria sostuvo el quejoso que su contratante le informó que el trabajo que le proponía era ilícito, sin especificarle que transportaría droga, y a pesar de ello el peticionario no renunció a la proposición de su contratante de ir a recoger paquetes a un determinado lugar y transportarlos a un punto geográfico distinto, aceptando de manera tácita las consecuencias que se podrían originar, se configura por ende el "dolo eventual", pues éste se da cuando el agente se representa el resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus con-

secuencias, es decir, existe voluntad de la conducta del quejoso, pues no puede negarse que subjetivamente se representó como posible o contingente la acción del delinquir". (Tesis visible a página 444, Tomo XIII, Mayo de 1994, Octava Época, del *Semanario Judicial de la Federación*).

"**HOMICIDIO, DOLO EVENTUAL EN EL.** Cuando el sujeto activo porte un arma de fuego con la voluntad dirigida precisamente a realizar una acción antijurídica, como lo es amedrentar, intimidar o lesionar, o cualquier otra conducta equiparable, y acciona el arma en un lugar del que el activo tiene pleno conocimiento que se encuentra habitado o simplemente transitado, es inobjetable que el homicidio de producirse, se realiza ante la presencia del dolo eventual. Pues la consecuencia más segura de su conducta era la de lesionar o matar a alguien que se encontrase en ese lugar, por ser efecto normal o de alta probabilidad de realización, pero si en contrario, realizó su voluntad de disparar, asumiendo indiferencia respecto del resultado letal finalmente producido, el homicidio imputado a título de dolo no le viola garantía alguna que deba ser reparada en el juicio constitucional". (Tesis visible a página 195, Tomo IX, Febrero de 1992, Octava Época, del *Semanario Judicial de la Federación*).

"**PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. LA COMISIÓN DE UN DELITO DISTINTO AL ACORDADO NO PRODUCE ENCUBRIMIENTO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).** Si el acusado estuvo de acuerdo en participar en un delito, y al tratar de ejecutarlo se cometió uno distinto, debe considerársele copartícipe del nuevo delito, a título de dolo eventual, en los términos del artículo 12 del Código Penal de Jalisco, y no como encubridor del mismo, aunque su propósito inicial hubiera sido el de realizar un delito diferente y él no hubiese sido el que directamente lo cometió, dado que desde el instante en que tomó la determinación de colaborar en un hecho delictivo, aceptó tácitamente el resultado que de ello surgió". (Tesis visible a página 211, Tomo VII, Abril de 1991, Octava Época, del *Semanario Judicial de la Federación*).

"**LESIONES. DEBE ESTIMARSE DOLOSA LA CONDUCTA DEL ACTIVO, AUN CUANDO SU INTENCIÓN HUBIERA SIDO LA DE DAÑAR A OTRO SUJETO.** La circunstancia de que la intención del

sujeto activo al tirar un golpe (con una botella), era la de dañar a un sujeto diverso al que resultó lesionado, no da lugar a que su conducta se estime culposa, puesto que aun cuando el acusado no hubiera dirigido el golpe para dañar al ofendido, las consecuencias de su conducta le son reprochables como intencionales, porque el hecho de que ideara lesionar y lo consiguiera, aunque errara en cuanto al sujeto pasivo, significa que en forma voluntaria y con toda intención penetró en la ilicitud típica (de lesionar), y que por lo tanto su acción fue dolosa". (Tesis visible a página 213, Tomo VIII, Octubre de 1991, Octava Época, del *Semanario Judicial de la Federación*).

"**LESIONES, DELITO DE, QUE SE CONSIDERA COMETIDO CON CALIFICATIVA Y DOLO.** No puede estimarse culposa la conducta del inculpado porque el hecho de que portara un arma para cometer el robo significa que con toda intención y aceptando de antemano las consecuencias, estaba dispuesto a utilizarla en caso necesario, bien para amenazar a las personas o bien para evitar su captura; por lo tanto, su acción fue dolosa aunque el disparo que hirió al ofendido se haya producido durante el forcejeo que hubo para tratar de desarmar al acusado y calificada, porque el objeto de portar el arma era establecer una diferencia de fuerzas entre él y la persona que se interpusiera en sus propósitos". (Tesis visible a página 303, Tomo VII, Enero de 1991, Octava Época, del *Semanario Judicial de la Federación*).

"**RESPONSABILIDAD PENAL, CIRCUNSTANCIA QUE NO EXIME DE.** De acuerdo con lo que disponen los artículos 10 y 13 del Código Penal de Colima, basta que el activo reconozca haber llevado a cabo una conducta idónea para producir un resultado y acepte la realización del hecho delictivo, para que sea responsable del resultado obtenido y su conducta le sea reprochable a título doloso, aunque su propósito inicial fuera el de cometer un delito distinto". (Tesis visible a página 763, Tomo IV, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1989, Octava Época, del *Semanario Judicial de la Federación*).

"**LESIONES U HOMICIDIO. DISPARO SOBRE UNA CASA. INTENCIONALIDAD.** Las lesiones u homicidio que se produzcan como

resultado de disparar desde la calle sobre las puertas y ventanas de una casa, en cuyo interior se encuentran una o más personas, no implican que se esté en presencia de un delito culposo y no intencional, pues el agente puede prever las consecuencias que se produzcan, por ser efecto ordinario de la conducta por él desplegada y estar al alcance del común de la gente tal previsión". (Tesis visible a página 65, Volumen 181-186 Segunda Parte, Séptima Época, del *Semanario Judicial de la Federación*).

"**DOLO EVENTUAL EN CASO DE ROBO Y HOMICIDIO.** Si al llevarse al cabo un robo por dos sujetos, y en virtud de su comisión, se produce el diverso delito de homicidio por uno de los sujetos que iba armado, en términos de la fracción I del artículo 13 del Código Penal el otro es copartícipe, puesto que intervino en la ejecución del delito de homicidio, aun cuando pueda aceptarse que él no haya sido quien directamente causó las lesiones mortales a la víctima. En el caso se advierte la operancia en el copartícipe de un dolo eventual en el homicidio pues al participar en el robo ejecutado con el empleo de violencia, ya que el actor material iba armado, aceptó dicho resultado contingente al no realizar conducta alguna tendiente a evitarlo". (Tesis visible a página 98, Volumen 145-150 Segunda Parte, Séptima Época, del *Semanario Judicial de la Federación*).

VI

X. CONCLUSIONES

1. La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente es uno de los ámbitos de la dogmática penal, en que a pesar de la discusión doctrinaria y jurisprudencial alemana, no se ha logrado obtener consenso.

2. Nuestra legislación es clara en la adopción de la teoría volitiva. Por tanto, ese tema no ha sido en la doctrina mexicana ni en la jurisprudencia tan discutido.

3. La fórmula tradicional del dolo, a saber: "conocer y querer la realización del tipo penal" se encuentra superada; sin embargo, la doctrina no logra ponerse de acuerdo en una nueva definición.

4. En la discusión las teorías normativas juegan un papel importante. En ellas se intenta hallar el límite entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, con base en las instituciones de la teoría de la imputación objetiva (riesgo socialmente permitido o no tolerado).

5. La falta de consenso en relación con la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente también se ha reflejado en la jurisprudencia alemana. No en la nuestra, atento el diverso tratamiento legal del dolo.

El delito impropio de omisión. un análisis a partir de los códigos penales mexicanos y el Derecho comparado

María Eloísa Quintero

Sumario: Introducción; I. El delito de omisión: A) Perspectiva histórica; B) Fundamento de punición; C) Situación actual; postura personal. II. Regulación positiva de la comisión por omisión: A) Algunos sistemas de Derecho comparado; B) El delito de omisión en el ordenamiento jurídico penal mexicano; C) Conclusión.

Introducción

En las últimas décadas los delitos de omisión, como así también, los llamados delitos de comisión por omisión, han ganado protagonismo tanto en Doctrina como en Jurisprudencia. Ya en el siglo pasado advertían los estudiosos del Derecho Penal que los delitos de omisión se expandían como "una mancha de aceite".[1] Desde nuestra perspectiva, esta frase tan gráfica describe la situación, pero sólo en parte.

No podemos negar que en la actualidad se advierte un considerable aumento de conductas omisivas penalmente relevantes. Pensemos en la responsabilidad del funcionario público que omite acatar un mandato legal (como puede ser el mandato proveniente de una orden judicial), o la del empresario que no retira un producto del mercado sabiendo que es defectuoso —por ejemplo, llantas para carros— lo que permite que el producto se sigan vendiendo y/o utilizando, ocasionándose a raíz de ello resultados lesivos —daños, muertes, lesiones— que podría y debería haberse evitado. Pensemos en una

1 Welzel, Hans, "Comentario a la sentencia OLG Karlsruhe de 15.10.1959", *JZ* 1960, pág. 178-180 (179).

madre que observa y no impide que su hijo de un año de edad ingiera productos tóxicos que tiene a su alcance, lo que provoca al niño afecciones digestivas graves. O en el supuesto de una maestra y/o directora de un colegio que tiene un grupo de niños a su cargo y omite proteger a los mismos cuando se encuentran formados en la vía pública (calle y acera) y están por ser atropellados por un conductor que ya, momentos antes, comunicó claramente con su conducta cuál iba a ser su proceder y qué estaba dispuesto a hacer: continuar circulando por dicha vía sin importar las consecuencias que ello apareje.

Los ejemplos son numerosos. El aumento de supuestos omisivos que el Derecho actual considera reprochables, es significativo. Ante ello podemos preguntarnos: ¿implica ello que hemos ampliado el ámbito de punición?; ¿estamos creando más casos de delitos de omisión? No necesariamente. En primer lugar, no toda conducta penal omisiva *es* un delito de omisión; y ello así, porque una cosa son los delitos de acción y de omisión (es decir, las construcciones normativas jurídicas) y otra las conductas humanas por medio de las cuales se ejecutan dichas construcciones jurídicas. En otras palabras: cuando hablamos de delitos de acción y delitos de omisión hacemos referencia a construcciones de naturaleza normativa que importan el quebrantamiento de un norma jurídica; mientras que al hablar de conductas omisivas o activas (omisión y acción), hacemos referencia al tipo de manifestación, expresión corporal comunicacional por medio de la cual se realizan las figuras típicas. Con un ejemplo: las disposiciones del denominado Derecho Penal fiscal imponen a los ciudadanos tributantes el deber de presentar en tiempo y forma su declaración de impuestos bajo apercibimiento de recibir las penas respectivas. Ante dicha situación, puede que el ciudadano omita presentar dicha declaración, o, puede que el contribuyente presente la declaración fiscal pero a sabiendas de que no cumple con los requisitos de tiempo y forma. A los efectos legales, (es decir, desde la respectiva normativa) tanto en el primer como en el segundo supuesto, el ciudadano incumplió el mandato jurídico respectivo —presentar la declaración fiscal en tiempo y forma— y por ende incurrió en dicho delito de omisión,

pero, adviértase, en el primer caso lo hizo por "omisión" y en el segundo mediante una conducta humana activa ("comisión").

En segundo lugar, el incremento de la persecución penal de cierto tipo de delitos —ya contemplados por nuestro ordenamiento— no importa necesariamente un aumento del ámbito de punición sino más bien, el comienzo de su aplicación en supuestos que antes quedaban impunes. En lo relativo a los delitos de omisión, y en especial, en relación con los denominados delitos impropios de omisión, lo aquí expresado tiene plena vigencia. Doctrina y Jurisprudencia hacen hincapié en muchos supuestos delictivos omisivos que, antaño, carecían de protagonismo en nuestro ámbito material de punición.

En el presente trabajo estudiaremos el delito impropio de omisión y su punición en México y en otros ordenamientos de Derecho comparado; pero, antes de avocarnos a ello hay interrogantes que debemos contestar y temáticas que conviene analizar, entre ellas: ¿cuál es la naturaleza jurídica de los delitos de omisión?, ¿cuál es su fundamento último de punición?, ¿existe equivalencia entre acción y omisión?, si es así ¿en qué supuestos? Éstos y otros temas serán abordados a renglón seguido. Haremos, en primer lugar, un repaso —breve— sobre las principales argumentaciones jurídicas que en el transcurso de la historia se han brindado al hablar de delito de omisión, para luego, introducirnos en la problemática que plantean los denominados delitos impropios de omisión. En este punto del análisis, abordaremos las diferentes regulaciones legislativas que consagran los códigos penales mexicanos, como así otros sistemas de Derecho comparado. Por último estudiaremos las denominadas "cláusulas de equivalencia" —también llamadas "cláusulas de conversión"—, su aplicación y consecuencias, así como la conveniencia o no de su consagración legal.

I. El delito de omisión

Cuando se habla de delitos de omisión, dos son los principales desafíos que hay que abordar: 1) la delimitación conceptual de los mismos, y 2) el fundamento último de su punición.

El primer desafío encierra interrogantes cómo ¿es la omisión un instituto "pre-jurídico", óptico-jurídico, o normativo? ¿Qué es el delito de omisión?, ¿es la infracción de un mandato? ¿Cómo definimos los denominados omisiones impropias? Por otro lado, el segundo gran reto lleva a preguntarnos sobre la vigencia de los binomios "prohibición-acción" "omisión-mandato", o bien sobre el alcance de "la obligación originaria", o el contenido y necesidad del "fundamento jurídico especial", etc.

Analizaremos estos puntos en el orden expuesto y de la mano de los aportes doctrinarios de las principales tendencias.

A) Perspectiva histórica

La delimitación conceptual de los delitos de omisión fue siempre una labor problemática. En sus orígenes dicha tarea se dio a la sombra del desarrollo del concepto de acción; ello así porque las distintas acepciones y contenidos que la doctrina le ha adjudicado a los delitos de omisión han dependido en cierta medida del concepto de acción imperante en el momento. Haremos aquí un breve repaso[2] pues ello nos ayudará a comprender el origen de las distintas regulaciones positivas que los códigos penales han adoptado, en especial las disposiciones de los distintos códigos mexicanos.

La doctrina penal, desde sus orígenes, ha distinguido dos formas básicas de manifestación de la conducta penalmente relevante: la acción y la omisión. Dichas expresiones eran entendidas como dos modos diferentes de infracción de la norma, pero a uno de ellos —la acción— se prestó desde antiguo mayor importancia dogmática que al otro —omisión— hasta el punto de llegar a considerar a este último jurídicamente menos grave, e incluso accesorio y secundario del primero.[3] Esta distinción tan radical entre acción

2 Un análisis detallado sobre la evolución de las soluciones dogmáticas de los delitos de omisión en bacigalupo, Delitos impropios de omisión, págs. 13 a 51.

3 Ver al respecto Enrique GIMBERNAT ORDEIG, "La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición", en *Ensayos penales,* Tecnos, Madrid, 1999, págs. 262 y sigs.; también José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte general,*

y omisión partía de un planteamiento ontologista que remarcaba la innegable diferencia *óptica*-material que existe entre ambos conceptos: mientras que la *acción* se integra de movimientos corporales, esto es, de actividad positiva, la *omisión* consiste precisamente en lo contrario: inactividad, ausencia de movimiento. Esta cuestión originó tradicionalmente el debate en torno a si esa inactividad había de surtir efectos penales, y en su caso, en qué supuestos y con qué condiciones. Por un lado, se debatía sobre la aceptación del viejo principio "de la nada, nada surge" (*ex nihilo, nihil fit*); por otro lado, se discutía sobre la intrincada cuestión de la relación de causalidad entre la nada que, desde el punto de vista ontológico, representa la omisión y el resultado producido, llegándose a hablar en tal sentido, sobre una supuesta causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado.

Los principales representantes del denominado "sistema clásico del delito" moldearon un concepto *natural* de acción (y de omisión). Así von Liszt expresaba: "... acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación del mundo exterior mediante una conducta voluntaria".[4] En otras palabras, habrá acción siempre que se haya emprendido un comportamiento motivado por la *voluntad,* ya sea que implique éste movimiento o no.

Por otro lado Binding[5] señalaba que la conducta humana voluntaria que modifica el mundo exterior podía llevarse adelante por acción ("causación") o por omisión ("no evitación").

Las críticas practicadas a la concepción causalista-naturalista fueron muchas. Desde nuestra perspectiva, la más acertada radicaba en el siguiente

---

II, *Teoría jurídica del delito* / 1, 5a. ed., basada en el nuevo Código penal de 1995, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 45, sostiene que la distinción entre acción y omisión escinde el sistema en dos.

4 Cfr. von Liszt en Roxin Claus, Tratado II, 2a. ed. Española, pág. 285.

5 Binding, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung,* tomo II, 1914, pág. 516, expresa que en la omisión no se produce modificación causal del mundo exterior, no se causa como en la acción un resultado aunque más no sea "vibraciones en el aire".

cuestionamiento: si ellos consideraban que la acción como "modificación causal del mundo exterior" tiene como elemento central a la "voluntad", ¿cómo verificar la presencia de este elemento en supuestos de omisión? Ante dicha objeción sostenían sus partidarios que para comprobar la existencia de voluntariedad en casos de omisión bastaba con comprobar la presencia de la tensión muscular o nerviosa necesaria para controlar el movimiento que debiendo hacerse, no se hace. "La voluntariedad domina aquí los nervios exactamente igual que el movimiento corporal; y se impone a la innovación y concentración muscular", decía BINDING. Con un ejemplo: un padre arroja a su hijo de meses hacia arriba y acto seguido lo atrapa en el aire; así continúa haciéndolo mientras el niño estalla en risas, hasta que en una ocasión lo lanza hacia arriba pero luego no lo abaraja sino que lo deja caer. Con el argumento clásico de la concepción naturista de BINDING la omisión del padre sería voluntaria si observamos la tensión nerviosa- muscular que produce el controlar la falta de movimiento corporal que debía realizar. Se advierte con claridad que las conclusiones a las que nos empuja dicha teoría resultan insostenibles, y por eso remarcamos que dichas argumentaciones son dogmáticamente insatisfactorias e impracticables.

Al margen de ello hay algo que debemos remarcar: el mérito incuestionable de esta teoría fue brindar herramientas válidas que ayudaron a delimitar qué comportamientos interesan al Derecho y cuáles no; en otras palabras, al requerir la presencia de "voluntad" se excluyó a las conductas/acciones que son consecuencia de excitaciones sensoriales, los simples movimientos reflejos, los movimientos determinados completamente por fuerzas físicas irresistibles, entre otros. Esto implicó sin duda un primer avance en el desarrollo dogmático del concepto de acción (entendida como supraconcepto, es decir, como acción penalmente relevante); asimismo significó una posibilidad seria de formar una teoría de reproche común para delitos de acción y delitos de omisión, y ello es, desde nuestra perspectiva, en sí positivo.

Pero aun así —señalaban sus contemporáneos— el método naturalista era incapaz de advertir los cometidos de sentido de los fenómenos y de distinguir cualitativamente las diferencias entre acción y omisión. Ello llevó

a parte de la doctrina a elaborar un método *valorativo* característico de la concepción neokantiana.

Radbruch, realizando una crítica a las posturas causalistas, remarcó que aquellos razonamientos nos llevaban a conclusiones basadas en estructuras jurídicas forzadas. Desde su perspectiva (que no se aleja del plano ontológico), no existe ni puede existir común denominador entre acción y omisión y, por lo tanto, difícilmente podría hallarse una teoría de la imputación con reglas comunes para ámbos fenómenos. Radbruch considera que la omisión, a diferencia de la acción: no conoce voluntad, no produce ningún hecho y no causa determinado resultado lesivo.[6] Pero, pese a señalar que voluntad, hecho y causalidad sólo existen en la acción, no por ello pone en duda la punibilidad de algunas omisiones. Para explicar dicha punición —señala el autor— hay que comprender que jurídico-penalmente no interesa tanto el contexto psicológico, sino que lo que importa es el *contexto social*, y en él, es tan relevante el comportamiento activo (hacer voluntario) como el omisivo (dejar que suceda).

Las objeciones que realiza Radbruch a las posturas causalistas son acertadas si —y sólo si— se practica el análisis desde una perspectiva netamente naturalista. Consideramos positiva la explicación referente a la necesidad de abandonar el contexto subjetivo en los casos que menciona; pero, al mismo tiempo, las afirmaciones del autor merecen una crítica: al explicar por qué se punen omisiones reconoce Radbruch que la lesión al Derecho debe juzgarse desde la órbita social; pero al referirse al delito de acción remarca que lo principal es que la acción sea fruto de una conducta *voluntaria* (en sentido naturalista) y *produzca un hecho* que a su vez *sea causa* de una transformación temporoespacial. Ante ello debemos objetar que por un lado el autor elabora una teoría de reproche penal partiendo de un concepto de ilícito que se basa en una idea de Derecho Penal explicado por

6 Cabe aclarar que Radbruch parte de conceptos naturalistas: así, entiende Radbruch por *"voluntad"* el hecho psíquico; por *"hecho"* el movimiento corporal voluntario con sus consecuencias; y por *"causalidad"* la transformación en el espacio y tiempo que condiciona a su vez una nueva transformación.

la relación "individuo-derecho", pero luego, cuando las premisas de ésta concepción de Derecho Penal no permiten explicar la punición de algunos supuestos omisivos, analiza el Derecho Penal (y el concepto de ilícito) como fruto del binomio "sociedad-derecho"; ello importa una grave e insalvable contradicción.

En la elaboración conceptual de Acción y Omisión, el juridicismo que se iba gestando dio paso a la reacción ontológica y fenomenológica determinada por el *finalismo*. WELZEL desarrolla el finalismo en crítico debate contra el naturalismo, como así también contra el neokantismo[7]. Así es como de la mano de autores luego denominados "finalistas" se estudió la acción y omisión como "...categorías inmanentes a la realidad,... estructuras lógico-objetivas que se aprehenden mediante un método de conocimiento directo (el fenomenológico)"[8]. Es decir, la Acción –como supraconcepto- denotaba una esencia *prejurídica*[9], previa e independiente de la ley penal pues era un postulado que la "naturaleza de las cosas" imponía al Derecho[10]. Con esos postulados se vuelve a dar la bipartición del sistema en acción-omisión, partición que ya marcaba RADBRUCH siempre desde su óptica natural del concepto de Acción.

B) Fundamento de punición

A raíz de la postura liberal de la época, y la sobre-valoración de la punición de los delitos de omisión que realizaban algunos ordenamientos del S. XVIII,[11]

---

7 WELZEL, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935 en Stratrechtliche Abhandlungen, 1975, pág. 29 y sigs.

8 Un análisis detallado en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema,* Librería Bosch, Barcelona, 1986, págs. 14 y sigs., y *passim.*

9 La naturaleza prejurídica de la acción fue un argumento básico a favor de la consideración autónoma de la acción como elemento del delito (como categoría autónoma en la teoría del delito).

10 En ese sentido, WELZEL, Strafrecht Allgemeiner Teil, págs. 33 y sigs.

11 Tal es el caso del Derecho Penal prusiano de 1794.

se plantearon en la doctrina dos interrogantes: 1) qué legitima al Estado imponer mandatos que favorezcan a otro y/o al bienestar común; 2) cuándo una omisión impropia debe ser equiparable a la acción, o, con más precisión, cuándo la no evitación de un resultado es equiparable a la comisión de este.

Sin duda fue Feuerbach quien, como principal exponente, encaminó la discusión sobre el fundamento de la punición de los delitos omisivos por los rieles que aún hoy la doctrina recorre. Así, siguiendo a Kant en su intento de separar Derecho de Moral, realiza Feuerbach el siguiente análisis: el *fin* del Derecho Penal —nos dice— es la tutela tanto de los derechos del Estado como así también de los derechos de los súbditos. El *hecho punible* es la violación del Derecho. Toda norma prohibitiva se remite en última instancia a lo que él llama "la obligación originaria del ciudadano" la cual prescribe no dañar; ésta a su vez consiste en evitar que se emprendan violaciones *activas* del derecho (acciones). Por ello —concluye— para dar fundamento a las normas que contienen "mandatos" se debe buscar un "fundamento jurídico especial"[12]. En otras palabras, Feuerbach señala que las violaciones del Derecho *activas* se encuentran en su conjunto prohibidas por la *"obligación originaria"* que impone "no dañar"; pero si el Estado quiere imponer a sus súbditos un "mandato", es decir, si quiere imponer la obligación de realizar una acción que salve o evite el daño, debe contar con un "fundamento jurídico especial" pues una obligación con carácter de eticidad no basta.[13] Dicho con un ejemplo: el Estado prohíbe a los sujetos que se

12 *Vid.* Anselm Ritter v. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen herausgegeben von Dr. C.J.A. Mittermaier, Vierzehnte sehr vermehrte und völlig umgearbeitete Originalausgabe, Georg Friedrich Heyer's Verlag, Giessen, 1847, §§ 23 y sigs.

13 Lo contrario sucedía en el código penal prusiano. Allí el hombre estaba no sólo moralmente —como lo sostenían los liberales— sino jurídicamente obligado a servir a los otros con su propiedad, trabajo, ayuda y ejemplo. Sostenían que todos debemos cuidar que el otro no omita hacer lo provechoso, ni realice lo reprochable.

apoderen ilegítimamente de los bienes ajenos; pero si el Estado quiere imponer a un sujeto el deber (mandato) de evitar que se produzcan apoderamientos por parte de otros, debe apoyarse en un fundamento jurídico especial. ¿Por qué? La explicación que se brindaba era la siguiente: el postulado negativo impuesto a todo hombre se reduce a no dañar/perturbar al otro en su libertad, y ello así porque cada sujeto es reconocido y debe reconocer al otro en su libertad. Pero cuando el Estado impone al sujeto un mandato, ello va más allá de lo antes dicho e importa una afrenta mayor a los derechos del individuo; parecería que los mandatos de acción coartan en mayor medida la libertad individual, y es por eso que requieren ser fundamentados de forma especial. Para FEUERBACH esos fundamentos jurídicos especiales son *la ley* y *el contrato.*[14] En el desarrollo dogmático de las fuentes de la posición de garante, con el paso del tiempo se sumó a los ya mencionados (ley y contrato) una tercera fuente: la injerencia;[15] en la actualidad se habla también de posiciones de garante fundamentadas en estrechas relaciones vitales, en comunidad de vivienda, comunidad de peligro, entre otras.

Esa idea de Derecho basada claramente en una concepción kantiana, llevó a los autores a remarcar que la Norma de Derecho contiene a su vez un postulado negativo; dicho postulado dice: no se debe perturbar al otro según la ley general de libertad. Es así que se afirmó que el mandato jurídico supremo es respetar al otro como persona, es decir, no transgredir la igualdad y dignidad personal de alguien frente a todos. Es lo que FRIES[16] llamó "deberes originarios negativos de omisión".

HEGEL compartía la idea de los "deberes originarios negativos de omisión"; su teoría llegó a resquebrajar el tradicional binomio hasta entonces

14 Cfr. FEUERBACH, *Lehrbuch.* 1847, pág.50.

15 El que mediante su actuar precedente crea un peligro o produce un incremento del riesgo, responde por la lesión producida —como si la hubiese causado de forma activa—, si posteriormente omite evitar que se produzca el resultado típico (sea neutralizando el riesgo creado, sea realizando la actividad pertinente).

16 FRIES, *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung*, 1803, pág. 13.

utilizado "Prohibición–Mandato". Hegel señalaba que en verdad en nuestros ordenamiento jurídico *sólo hay prohibiciones jurídicas*[17] pues todo mandato tienen en su contenido último una prohibición: prohibido lesionar la personalidad y lo que se deriva de ella.[18] *El mandato jurídico* —dice— *es* en sí *una prohibición*; en dicha prohibición radica el fundamento jurídico de punición. Con lo dicho Hegel quita protagonismo al tradicional binomio "Prohibición–Mandato", al mismo tiempo que niega la existencia de "fundamentos jurídicos especiales" que expliquen la punición de delitos de omisión, ya que éstos —dice— son abarcados por los deberes originarios negativos. Se vuelve con éste autor a un sistema único de fundamentación para acción y omisión, lo que *per se,* es positivo.

C) Situación actual; postura personal

En la actualidad el debate se halla entablado entre quienes sostienen un concepto *ontológico* de omisión, y aquellos que postulan un concepto predominantemente *normativo;*[19] a su vez, entre las posturas que elaboran un concepto de omisión a partir de consideraciones jurídicas, hay quienes determinan que su contenido es predominantemente avalorado, normativo social, y/o jurídico.[20]

---

17 Con ello no pretendía desconocer la existencia de mandatos, por el contrario, los contemplaba, pero ubicándolos en el penúltimo peldaño del análisis.

18 *Vid.* Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820, § 36.

19 *Vid.* Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, págs. 221 y sigs.

20 Una exposición histórica y desarrollo de su propio concepto jurídico-penal de acción ("concepto personal de acción") en Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* Band I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 3. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, § 8/1 y sigs., § 8/42 y sigs. (*Derecho Penal. Parte General,* tomo 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, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1997, págs. 233 y sigs., 252 y sigs.

Un sector importante de la doctrina actual rechaza la distinción tradicional entre acción y omisión. En la doctrina alemana, por ejemplo, se habla desde hace tiempo de las "fronteras desdibujadas entre la acción y la omisión a través de la técnica moderna".[21] Claus ROXIN, por su lado, sostiene que la distinción entre acción y omisión resulta irrelevante cuando de delitos de infracción de deber se trata; lo relevante —expresa el autor— es el deber extrapenal que no se cumple, y no la forma de conducta que se desempeñe. Señala así que hay tipos penales que describen con exactitud la conducta prohibida, y en ellos, autor es quien tiene dominio de esa conducta descripta (éstos son los denominados *delitos de dominio del hecho*); pero luego, hay delitos en los que lo importante es el deber que infringe un sujeto determinado, alguien que tiene una característica determinada, y por ello sólo dicho sujeto es autor. (*delitos de infracción de deber*). Es que en el marco de las concepciones del autor... "La categoría dogmática de los delitos de infracción de deber no se orienta en el resultado del mundo exterior, dicho de forma mas exacta, al dominio externo de un resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial de la persona del autor, v.gr., en el rol de funcionario en el ejemplo propuesto".[22]

Siendo que, según fundamenta ROXIN, lo relevante en los delitos de infracción de deber es la lesión de un deber específico, carece de importancia distinguir si dicha lesión se produce por acción u omisión, y por ello, afirma que son equiparables.[23] Por otro lado, reconoce que los delitos de dominio pueden ser cometidos por acción u omisión; en este último supuesto el criterio para decidir sobre la autoría o no del sujeto interviniente no es

21 Seelmann, "*Probleme der Unterscheidung von Handeln und Unterlassen*", JuS1987, pág. 33.

22 SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Delito de infracción de deber y participación delictiva, ed Marcial Pons, pág. 29.

23 ROXIN llegó a sostener que en realidad, todos los delitos de comisión por omisión eran infracción de deber; postura que luego reformuló. Al respecto, una análisis brillante en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Delito de infracción de deber y participación delictiva, ed. Marcial Pons, págs.31 y sigs. y págs. 49 y sigs.

el dominio pues estaríamos ante lo que se llama delitos de infracción de deber camuflados.

Jakobs, por su parte, realiza una afirmación que consideramos muy precisa: las diferencias entre acción y omisión son *fenotípicas*, y no *genotípicas*. Toda diferenciación —aparentemente compleja y netamente ontológica— entre comisión y omisión en el ámbito de organización de un sujeto resulta superflua frente al principal cometido desde lo penal: determinar si se infringió o no un deber jurídico consagrado. Volviendo a los ejemplos: se puede imponer a un empleado el deber de "no dañar" prohibiéndole abrir las compuertas del sector expuesto a radiación en caso que haya un sujeto o cosas en las inmediaciones (norma prohibitiva); o por el contrario, si el mecanismo de las compuertas es automático, el deber impuesto al empleado puede consistir en interrumpir la apertura automática en caso de advertir la presencia de alguna persona o cosa en las inmediaciones (mandato). Se puede formular el caso de una u otra forma, pero en los dos supuestos recae sobre el empleado el mismo deber: evitar el daño a personas o cosas durante el proceso de apertura de las compuertas.

El ejemplo nos ayuda advertir la conclusión antes referida: no resulta determinante distinguir si el delito fue cometido por incumplimiento de un mandato o por infracción de una prohibición, sino que la pregunta clave es si de infringió o no un deber y qué tipo de deber se quebrantó.

¿Pero de dónde derivan los deberes impuestos? Jakobs subraya que cada persona tiene a su cargo un ámbito de organización, pero al mismo tiempo y en virtud de su libertad de organización, si se organiza de manera defectuosa, dañosa, socialmente perturbadora debe responder por las consecuencias que eso acarree; esto se podría resumir en el conocido sinalagma: "libertad de organización *versus* responsabilidad por las consecuencias". Una sociedad libre y organizada que reconoce y protege los derechos de sus miembros, como contrapartida, a cada uno de ellos les impone el deber de responder por las consecuencias lesivas derivadas de su actuar, siempre que dicho resultado penalmente reprobado sea individualmente evitable en la razón determinante de dicho resultado, estableciendo lo que es o no determinante

por un sistema social (y no físico-natural, o meramente final) de interpretación.

Por otro lado remarca que a toda persona se le impone, en primer lugar, el deber de no dañar (*neminem ladere)*; el deber de abstenerse, de no dañar al otro en su persona o cosas, y de esta institución se derivan *deberes negativos*[24] (no perturbar) que recaen sobre las personas (estos pueden concretarse en un deber de omitir, pero también de actuar). Pero junto a dichos deberes, también plasma el derecho deberes fundamentados en instituciones positivas, como por ejemplo la intuición paterno-filial. De las mismas no se deduce un simple deber de no dañar, sino que en virtud de ellas recaen sobre el autor obligaciones que se traducirían en una mejora de la situación preexistente (por eso: *deberes positivos*), un auxilio. Dichos deberes son los que explican los deberes especiales que recaen sobre el padre, el tutor, encargado, funcionario, entre otros. Con palabras de JAKOBS: los "... derechos y deberes de las personas pueden representarse como relaciones negativas (no perturbadoras) o positivas (de auxilio). Para la determinación del deber la diferenciación entre un hacer o un omitir es mas bien marginal".[25] Ello es lo que fundamenta la punición tanto en casos de acción, como de omisión; lo relevante para el Derecho Penal —remarcamos— no es cómo se realiza la conducta desde una óptica naturalista (por acción o por omisión) sino el

24 *Vid.*, in extenso, Günther JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschanften Vorträge G344, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1996, págs. 19 y sigs., 30 y sigs. (*La imputación penal de la acción y la omisión,* traducción de Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Cuadernos de conferencias y artículos No. 12", Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, págs. 27 y sigs., 45 y sigs.); asimismo, Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 83 y sigs., 93 y sigs.

25 *Vid.* Günther JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, manuscrito inédito 2002 (se trata de la versión española del trabajo "Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik"), hoy publicado en "Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Ed. Civitas, 2003.

deber jurídico que se infringe con la misma. Es que al Derecho Penal le interesan aquellas conductas en las que el autor se convierte, "de manera individualmente evitable, en la razón determinante de un resultado",[26] y por eso no es relevante que ello se realice por acción u omisión.

Resumiendo: desde nuestra perspectiva, las posturas que manejan conceptos naturales o finales de acción (y omisión) han sido superadas (1); si bien desde siempre se ha afirmado que las normas prohibitivas se infringen por acción y los mandatos por omisión, conforme lo aquí vertido consideramos que existe un claro resquebrajamiento del vínculo tradicional entre los binomios "prohibición-mandato" y "acción-omisión" (2); reconocemos que entre acción y omisión hay diferencias *fenotípicas* pero no *genotípicas* (3); afirmamos la equivalencia existente entre acción y omisión siempre que se produzca la lesión de un deber (4); entendemos que la distinción trascendente es la que se entabla entre deberes negativos y deberes positivos (y no entre acción y omisión) (5); negamos por ende que el delito de omisión revele un injusto de menor entidad (6).

II. Regulación positiva de la comisión por omisión

A) Algunos sistemas de Derecho comparado

Los códigos penales del primer cuarto del siglo XX describían en sus tipos penales las *acciones delictivas* que se reputaban prohibidas, pero no contenían postulado alguno de carácter general que autorizara la punición de las versiones omisivas de los delitos comisivos. Sin embargo, dada la presencia de este tipo de supuestos (comisión por omisión), la jurisprudencia debió buscar una solución dogmáticamente satisfactoria para punir los casos de

26 En este sentido, Günther Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V., Heft 10, C.H. Beck, München, 1992 ("El concepto jurídico-penal de acción", traducción de Manuel Cancio Meliá, "Cuadernos de conferencias y artículos No. 11", Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 33).

comisión omisiva. Parte de la doctrina cuestionó la legitimidad de la punición de los delitos impropios de omisión, por atentar, entre otras cosas, contra los postulados del principio de legalidad. Así, algunos países, buscando subsanar las objeciones, optaron por la incorporación de una *cláusula* expresa que previera la exigencia de responsabilidad en estos supuestos, mientras otros pensaron en la adopción de un sistema de *numerus clausus* de tipificación expresa de los delitos omisivos propios e impropios.

En el primer grupo encontramos a la mayoría de los países. Así Alemania, en el § 13 de su Código Penal, bajo la rúbrica "comisión por omisión" declara expresamente:

> "1. Quien omite impedir un resultado perteneciente al tipo de una ley penal es sólo punible conforme a tal ley si jurídicamente debía responder de que este resultado no se produciría, y si la omisión corresponde a la realización de tipo mediante un obrar activo.
>
> 2. La pena puede ser atenuada según el § 49, párrafo 1".

Esta fórmula se encuentra entre las llamadas "pluricategoriales" atento a que utiliza dos niveles de equiparación: la existencia de un deber jurídico y que la lesión del mandato de evitación del resultado se corresponda con la lesión de la prohibición de provocarlo.

Por otro lado, España, en el Art. 11 de su Código Penal reza:

> "Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del actor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:
>
> A) Cuando exista una especial obligación legal o contractual de actuar.
>
> B) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

Decisiones similares adoptaron los legisladores penales de Italia,[27] Portugal,[28] Austria[29] o Paraguay.[30]

Con la adopción de una cláusula general de equivalencia se creyó disipar, al menos formalmente, las dudas que existían sobre la legitimidad de la punición de supuestos de comisión por omisión. Pero, desde el punto de vista material se siguió discutiendo si tal sistema ponía fin a las objeciones planteadas, o si por el contrario, las consideraciones críticas constitucionales debían seguir vigentes. La discusión se intensificó —a nuestro modo de ver, injustificadamente— en aquellos países cuyos códigos penales no ha-

27 Art. 40 del Código Penal italiano de 1930, en su párrafo segundo, dispone: "No impedir un resultado, teniéndose la obligación de hacerlo, equivale a causarlo".

28 Art. 10 del Código Penal portugués de 1994, bajo la rúbrica "Comisión por acción y por omisión":

"**1.** Cuando un tipo legal de delito comprenda un resultado determinado, el hecho no sólo abarca la acción adecuada para producirlo, sino también la omisión de la acción adecuada para evitarlo, salvo que sea otra la intención de la ley.

2. La comisión de un resultado por omisión sólo es punible cuando sobre el omitente recaiga un deber jurídico que personalmente le obligue a evitar ese resultado.

3. En el caso previsto en el número anterior, la pena podrá ser atenuada de modo especial".

29 § 2 del Código Penal austriaco: "Cuando la ley castigue la producción de un determinado resultado, será también punible quien omita evitarlo no obstante estar obligado a ello en virtud de un especial deber que le impone el sistema legal vigente y siempre que la omisión de evitar dicho resultado sea equivalente a la realización de los elementos de un hecho comisivo penado por la ley".

30 Art. 15 del Código Penal paraguayo de 1997 ("Omisión de evitar un resultado"): "Al que omita impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para éste sólo cuando:

1. Exista un mandato jurídico que obligue al omitente a impedir tal resultado; y

2. Este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente, tan grave como la producción activa del resultado".

bían incorporado una cláusula de equivalencia entre acción y omisión.[31] Ello llevó a algunos países a tomar una decisión a los efectos de salvaguardar de reparos constitucionales la punibilidad de delitos de comisión por omisión. A modo de ejemplo: el Código Penal colombiano (ley 599 de 2000) introdujo un precepto que regula los delitos de comisión por omisión. A nuestro modo de ver, esta regulación no es estrictamente una "cláusula de equivalencia";[32] el artículo 25 la legislación colombiana no remarca la necesidad de que la conducta omisiva sea funcionalmente equivalente a la acción descripta en el tipo penal, sino más bien contiene una remisión legal a los efectos de aplicar a dichos casos de comisión por omisión la pena contemplada en el tipo penal activo de referencia; párrafo seguido realiza una enumeración taxativa de las circunstancias particulares que deben fundamentar posiciones de garante. Dice el Código Penal colombiano:

> Art. 25 (Acción y omisión):
>
> "La conducta punible puede ser realizada por acción u omisión.
>
> Quien tuviere un deber jurídico perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución y a la ley.
>
> Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:
>
> 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
>
> 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.

31 Tal es el caso de la República Argentina; la mayoría de los Códigos penales de los Estados Unidos Mexicanos, así como el Código Penal de Francia, entre otros.

32 Tradicionalmente se entienden que son cláusulas de equivalencias las contenidas en el ordenamiento de Alemania, España, entre otros.

3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.

4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida y la integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales".

En síntesis: al estudiar la regulación de la comisión por omisión u omisión impropia, advertimos que **a)** existen legislaciones que carecen de cláusula alguna que regule particularmente estos supuestos (este el caso de Argentina); **b)** otras han optado por dedicar algún apartado especial a los delitos de omisión en su parte general (como por ejemplo Colombia), **c)** mientras algunos ordenamientos (España, Alemania, Portugal, entre otros) han llegado a consagrar una cláusula de equivalencia en la espera de disipar distintos cuestionamientos. Esta última opción legislativa, parece ser la tendencia de los últimos tiempos; de todas formas, la discusión sobre la necesidad o conveniencia de su incorporación conserva plena vigencia; dedicaremos por ello un apartado especial a este tema.

B) El delito de omisión en el ordenamiento jurídico penal mexicano

En las Partes Generales de sus respectivos códigos penales,[33] los Estados mexicanos contemplan dos fórmulas que aquí citamos: "*(e)l delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales*"[34] dicen unos; otros pronuncian

33 En los Estados Unidos Mexicanos, existen tantos códigos penales como Estados conforman el mismo, más el Código Penal para el Distrito Federal y el Código Penal Federal. En otras palabras: hasta el día de hoy coexisten en México 33 Códigos Penales.

34 Esta fórmula consagra el artículo 7 del Código Penal Federal, como así también el artículo 21 del Código Penal de Baja California Sur, el artículo 5 del Código Penal de Campeche, el artículo 3 del Código Penal de Chiapas, el artículo 7 del Código Penal

"(e)l delito puede realizarse por acción u omisión".[35]. Algunos códigos contemplan incluso ambas fórmulas.[36] ¿Qué lectura podríamos hacer de ellas? La interpretación histórica que pudiéramos realizar nos llevaría sin duda a descubrir que dichas fórmulas se originaron en un contexto conceptual ontológico que poco tiene que ver con la tendencia normativa del Derecho Penal actual, y por eso la interpretación que por entonces se practicaba, arrojaba una visión natural clásica sobre la acción y la omisión. Pese a que un amplio sector doctrinario parece perdurar en dicho marco de interpretación, desde nuestra perspectiva, una interpretación integral y sistemática del ordenamiento mexicano actual nos llevaría a una conclusión que conculca con lo antes se analizó.[37] A saber: los artículos aquí citados señalan que el delito —como fenómeno jurídico normativo— puede ser de acción u omisión, pero que como tal (como delito) puede ser ejecutado por conductas humanas activas u omisivas ("el delito puede realizarse por acción u omisión"). Esta fue la posición que adoptó el legislador del Estado de Durango quien expresamente consagró: *"El delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, pudiendo ser cometido por acción, omisión, o por comisión por omisión."*

---

de Michoacán, el artículo 5 del Código Penal de Nayarit, el artículo 5 del Código Penal de Oaxaca, el artículo 11 del Código de Defensa Social de Puebla, artículo 18 del Código penal de Veracruz, artículo 5 del Código penal de Tlaxcala, y el mismo articulo del Código penal de Zacatecas.

35 Así, con redacción muy similar, el artículo 12 del Código Penal de Baja California, el artículo 9 del Código Penal de Colima, el artículo 6 del Código Penal de Chihuahua, el artículo 8 del Código Penal de Guanajuato, el artículo 12 del Código Penal de Guerrero, el artículo 11 del Código Penal de Hidalgo, el artículo 7 del Código Penal del Estado de México, el artículo 6 del Código Penal de Oaxaca, el artículo 11 del Código Penal de Sinaloa, el artículo 9 del Código Penal de Tabasco, el artículo 15 del Código Penal del Estado de Tamaulipas, y finalmente, el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

36 Entre ellos, el Código Penal de Oaxaca.

37 Ver Punto A c) del presente trabajo.

Aclarado lo anterior, permítasenos recaer sobre una segunda cuestión. En el apartado anterior señalamos que, ante la problemática que planteaba la punición de delitos impropios de omisión, algunos países optaron por introducir en su ordenamiento jurídico un párrafo que permitiera imputar un resultado delictivo a un sujeto pese a no existir "nexo de causalidad"; otros ordenamientos prefirieron incluir un apartado que indicara en qué supuestos la omisión es equivalente a la acción; mientras algunos países no dedicaron una disposición especial al respecto. Ahora bien, ¿cuál es la situación de México? ¿Qué tratamiento otorgan los códigos penales mexicanos a los delitos impropios de omisión? Dado el número de códigos penales vigentes, nos encontramos frente a la imposibilidad de brindar una respuesta única. Analizaremos con detenimiento las diferentes regulaciones mexicanas; para ello hemos agrupado los ordenamientos conforme las semejanzas encontradas.

Algunos códigos penales señalan expresamente *"(s)erá atribuible el resultado típico producido, a quien teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impide"*. (Llamaremos a este grupo de códigos: Grupo I) Este es el caso de los códigos penales de Guerrero, Colima, Sinaloa, Veracruz, entre otros.[38] La disposición que contienen estos códigos encierra en sí un contenido sustancial. No se habla aquí de causación de resultados, ni se menciona una necesaria vinculación natural entre accion/omisión y resultado material;[39] sino que por el contrario se adopta un criterio normativo de imputación. Con un ejemplo: el Sujeto X maneja material altamente peligroso; para ello tiene una autorización pertinente, pero, como contrapartida recaen sobre él una serie de deberes específicos, por ejemplo: conservar el material respetando detalladas medidas de seguridad. En cierta oportunidad el mate-

38 En ese sentido, el artículo 13 último párrafo del Código Penal de Guerrero, como así Codigo Penal de Colima (Art. 9 último párrafo), Código Penal de Michoacán (Art. 7), Código Penal de Sinaloa (Art. 12), Código Penal de Veracruz (Art. 11). Con redacción similar los códigos de Baja California, Michoacán, Querétaro, y Quintana Roo.

39 Distinto es el caso del Código de Guerrero pues éste señala en la primera parte de su artículo 13: "A nadie se le podrá atribuir un resultado típico, si éste no es consecuencia de su acción u omisión".

rial se derrama y causa grave contaminación del medio ambiente; se comprueba que el sujeto X no siguió las especificaciones técnicas necesarias para conservar la sustancia peligrosa como debía hacerlo. El resultado típico producido (contaminación) será atribuible a quien, teniendo el deber jurídico de evitarlo, no lo evitó.

Ahora bien, aclarado el criterio de imputación la pregunta obligada es ¿de dónde proviene el *deber jurídico*? Hay un conjunto de Códigos que dan respuesta a dicho interrogante (llamaremos a éste grupo de códigos GRUPO II). En ese sentido el Código Penal de Baja California Sur menciona específicamente que el deber de evitar un resultado debe provenir de una ley y un contrato.[40] Es éste el único código mexicano que practica esa enumeración, pues una gran mayoría señala que el deber jurídico puede derivarse "de una ley, un contrato, o del propio actuar precedente"; éste es el caso de los códigos penales de los estados de Campeche, Chiapas, Guanajuato, Hidalgo, Estado de México, Sonora, Yucatán, como así también del Código Penal Federal.[41] Como se advierte, las respectivas legislaciones fueron adoptando los avances dogmáticos que brindaron las distintas fundamentaciones jurídicas (recordemos lo que oportunamente se señaló al respecto).[42]

Pero la consagración positiva de dicha evolución dogmática no culmina ahí: cinco códigos penales mexicanos van más allá de lo hasta aquí señalado. Llamaremos a este grupo de Códigos, *GRUPO III*. Veamos esos ejemplos y establezcamos sus diferencias:

a) El Código Penal del Estado de Morelos en su artículo 14 dice:

"El delito puede ser realizado por acción o por omisión.

40 En este sentido sólo el artículo 22 del Código Penal de Baja California Sur.

41 En este sentido se expresa el Código Penal de Campeche (Art. 5, último párrafo), Código Penal de Chiapas (Art. 3), Código Penal de Guanajuato (Art. 9), Código Penal de Hidalgo (Art. 17), Código Penal del Estado de México (Art. 7), Código Penal de Sonora (Art. 5, segundo párrafo), Codigo Penal de Yucatán (Art. 6) y el Código Penal Federal (Art. 7 segundo párrafo).

42 Ver punto A a) y A b), es decir, "Perspectiva histórica" y "Fundamentos de punición".

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite evitarlo, si era garante del bien jurídico; si de acuerdo con las circunstancias, podía evitarlo; y su inactividad permitió la realización de dicho resultado. Es garante del bien jurídico el que: **a)** aceptó efectivamente su custodia; **b)** con una actividad precedente culposa, generó el peligro para el bien jurídico; o **c)** tenía la custodia legal de otra persona, en forma efectiva y concreta".

Es esta una regulación particular. Señala el legislador en qué supuestos se entenderá que una conducta de no evitar (omitir) será normativamente relevante al punto de merecer atribución de resultado (imputación). Señala entonces en qué supuestos se entenderá que existe *equivalencia normativa* (jurídica) entre el omitir y el actuar: si de acuerdo con las circunstancias, podía evitarlo; si era garante del bien jurídico, y si su inactividad permitió la realización de dicho resultado. Este artículo podría ser interpretado tal vez como cláusula de equivalencia, pero, si al concepto tradicional nos atenemos, debemos de remarcar que la misma no establece indispensable equivalencia entre el omitir realizado y el actuar tipificado (no establece equivalencia funcional), sino más bien dispone que a los efectos de atribuir un resultado se tendrá por normativamente equivalente el caso siempre que se de lo que propio articulo señala.

b) El artículo 8 del Código Penal de Aguascalientes, en su primera parte, contiene un apartado que dice:

"(...) El resultado de lesión o de peligro, será atribuido al inculpado cuando fuere consecuencia de la acción y medios adecuados para producirlos, salvo que hubiesen sobrevenido en virtud de un acontecimiento ajeno a la propia acción.

El resultado de lesión o de peligro, se entenderá cometido por omisión, cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del inculpado equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a una causación. A tal efecto, se equiparará la acción a la omisión:

A) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; o

B) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido por el particular tipo penal, mediante una acción u omisión precedente. (...)

Este artículo tiene una gran particularidad: habla de resultados cometidos por omisión, pero no dice que sólo se aplica "para los delitos de resultado material".[43] En otras palabras, habla de cómo y cuándo un "resultado de lesión o de peligro" se entenderá cometido por omisión. Esta diferencia —dependiendo la interpretación que se practique— puede resultar de gran peso y valor, pues, con ese cambio de redacción se podría entender que no sólo rige para delitos de lesión, sino también de peligro, lo que a su vez nos permitiría incluso llegar a analizar su aplicación en caso de delitos de peligro abstracto y de peligro concreto. Pero esta problemática (trascendente, por cierto) no es lo que aquí queremos sobresaltar. El articulo habla de equiparación entre acción y omisión, y dice que la misma se dará siempre que: (a) el sujeto al "no evitar" haya infringido un especial deber jurídico a su cargo, y que (b) dicha "no evitación", conforme el sentido de la ley, equivalga a una causación.

c) Por su parte, los códigos penales de los Estado de Tabasco[44] y Oaxaca[45] contienen apartados similares, y su contenido se asemeja mucho a

43 "En los delitos de resultado material, también responderá del resultado típico producido quien, teniendo el deber jurídico de actuar para evitarlo, no lo impide" dice el artículo 12 último parrafo del Código Penal de Baja California, como así también el artículo 11 del Código Penal de Querétaro, y el Código Penal para el Distrito Federal (Art. 16).

44 El artículo 9 dice: "El delito puede ser realizado por acción o por omisión. Quien omita evitar un resultado material descrito en un tipo de acción será considerado autor del mismo sólo si: de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, era garante del bien jurídico y su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. Es garante del bien jurídico el que: A) aceptó efectivamente su custodia; B) voluntariamente formaba parte de una concreta comunidad que afronta peli-

lo recientemente consagrado por el nuevo Código Penal del Distrito Federal. Citaremos por eso el artículo 16 de este último:

> Artículo 16 (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si este tenía el deber jurídico de evitarlo, sí:
>
> **I.** Es garante del bien jurídico;
>
> **II.** De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y
>
> **III.** Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.
>
> Es garante del bien jurídico el que:
>
> A) Acepto efectivamente su custodia;
>
> B) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;

---

gros de la naturaleza; **C)** con una culposa o fortuita actividad precedente generó el peligro para el bien jurídico, o **D)** se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia".

45 El artículo 7 dice: "El delito puede ser realizado por acción o por omisión.

Cuando el tipo prevé una acción por resultado material, el autor de la actividad es también autor de tal resultado sólo cuando éste es un efecto necesariamente producido por dicha actividad. No será autor del resultado si éste sobrevino en virtud de un acontecimiento extraño a su propia actividad.

Quien omita evitar un resultado material descrito en un tipo de acción, será considerado autor del mismo, sólo si: de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, era garante del bien jurídico, y su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. Es garante del bien jurídico el que: **a)** aceptó efectivamente su custodia; **b)** voluntariamente formaba parte de una concreta comunidad que afronta peligros de la naturaleza; **c)** con una culposa o fortuita actividad precedente generó el peligro para el bien jurídico; o **d)** se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, salud o integridad corporal de algún miembro de su familia".

C) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o

D) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

Ante estas últimas regulaciones podríamos preguntarnos: ¿estamos en presencia de las llamadas cláusulas de conversión o equivalencia? Desde nuestra perspectiva cabría aquí una respuesta positiva; los articulados de los códigos penales de Oaxaca, Tabasco y del Distrito Federal encierran en sí los dos elementos presentes en toda tradicional cláusula de equivalencia: lo que podríamos llamar *equivalencia funcional* (la inactividad debe ser, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo) y *normativa* (la conducta omisiva de quien omita evitar el resultado teniendo el deber jurídico de evitarlo, deberá —a los efectos de reprochar el resultado— ser normativamente equivalente).

Ahora bien, tras analizar estos grupos y subgrupos de regulaciones surgen los siguientes cuestionamientos; ¿qué consecuencias acarrean?; ¿es necesario contar con una cláusula de conversión para punir supuestos de comisión por omisión?; si es así, ¿qué sucede con los códigos penales mexicanos que no contienen cláusulas como éstas?

C) Conclusión

Desde nuestra perspectiva, consideramos que la regulación expresa de los delitos de "comisión por omisión" acarrea —sin dudas— consecuencias plausibles, ya que con su consagración legal no sólo se pueden morigerar las objeciones constitucionales que un sector de la doctrina plantea,[46] sino que al mismo tiempo, se brinda una herramienta argumentativa más para la punición de estos supuestos de omisión. No obstante, entendemos que si bien una regulación al respecto sería recomendable desde lo formal, no es absolu-

46 Nos referimos a los planteos que se realizan de la mano del conocido Principio de Legalidad.

tamente necesaria desde lo material. En otras palabras: no es indispensable la incorporación de una cláusula general que regule la equivalencia entre acción y omisión para que nuestros jueces lleven a adelante la punición de los delitos impropios de omisión. Por el contrario, la punición de estos supuestos de omisión impropia no sólo es viable, sino necesaria y justa, y todo ello, en principio porque: **a)** la diferencia fenotípica entre acción y omisión deja de ser jurídicamente relevante siempre que exista *equivalencia genotípica* (es decir, equivalencia funcional y normativa) entre ambos modos de cumplimentar el tipo penal de referencia; y **b)** lo trascendente desde la perspectiva del Derecho Penal es si se infringió o no un *deber jurídico* a su cargo; y por ende, de ser así, carece de importancia si dicho deber se quebrantó por un actuar (acción) o por un no evitar lo que debería evitar (omitir). Por ello es que afirmamos que su punición no sólo respeta el principio de Legalidad, sino que importa la justa aplicación del Principio de Igualdad. Si conforme el núcleo del tipo penal de referencia existe identidad de significado normativo entre la conducta prohibida y la omisión incurrida, y se advierte una comunidad de deber jurídico quebrantado, resulta forzoso conceder el mismo tratamiento jurídico a conductas (acción y omisión) que son social, funcional y normativamente equivalentes; no hacerlo, importaría violar dichos principios constitucionales.

Pero, más allá de lo dicho, y ya para finalizar, hay algo que quisiéramos remarcar: ya sea que se cuente con una regulación expresa de los delitos de comisión omisión, o, se quiera incorporar una de las denominadas cláusula de equivalencia, existen algunas consideraciones que se deben de analizar: contenido y denominación de dicha cláusula general; su ámbito de aplicación (relevancia de la interpretación de "resultado"); y determinación de la punición de dichos supuestos de omisión. Veamos escuetamente estas tres.

1. En primer lugar, no nos parece acertada la nomenclatura "cláusula de conversión"; consideramos más apropiada la designación empleada desde antaño, es decir: "cláusula de equivalencia". Ello así porque el ordenamiento, para punir casos de "comision por omisión" no requiere que

se "convierta" una omisión en acción para formular imputación (adviértase lo expresado en los textos citados del código penal portugués de 1994, el Código Penal español de 1995, el código penal de Paraguay de 1997, el Código Penal de Alemania, entre otros). Por el contrario, el ordenamiento consagra expresamente en qué supuestos se entenderá que existe equivalencia normativa entre acción y omisión (menciona cuándo un omitir equivale funcional y jurídicamente a un actuar). Por ello es que preferimos la denominación: cláusula de equivalencia.

2. En segundo lugar, cuestionamos la interpretación que se practica generalmente del concepto "resultado". Parte de la doctrina sostiene una interpretación restringida del mismo pues entiende que "resultado" es el acontecer temporal y espacial que sucede a consecuencia de una acción que se vislumbra en la lesión de un bien jurídico tutelado, o su concreta puesta en peligro. A nuestro modo de ver, ello no es errado; pero lo cierto es que más allá de dicho resultado (al que podemos denominar "resultado material") desde el punto de vista jurídico se da un "resultado normativo". Es decir, al hablar de resultado el Derecho hace referencia a todo aquello que puede ser evitado (estando obligado a hacerlo); también se dice que la acción, como "...expresión de sentido... consiste en la acusación individuamente evitable, esto es, dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias".[47] Ante ello, surge como corolario obligado la siguiente afirmación: en todos los delitos hay un "resultado normativo", y por ende, hay que realizar la aclaración que aquí se remarca, sobre todo si de imputación o atribución de resultados se trata.

3. Por último, nos referiremos a la punición de los delitos impropios de omisión, su alcance y determinación.

---

47 *Vid.* Günther JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie,* Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V., Heft 10, C.H. Beck, München, 1992 ("El concepto jurídico-penal de acción", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, "Cuadernos de conferencias y artículos No. 11", Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, págs. 26 y sigs.).,

Gran parte de los códigos penales que contienen cláusulas de equivalencia, es decir, de los códigos que consagran expresamente la equivalencia funcional jurídica entre acción y omisión en algunos supuestos, contemplan una reducción de la pena —de carácter obligatorio en unos, facultativo en otros—. Así lo contempla la segunda parte del parágrafo del código alemán *("... 2.- La pena puede ser atenuada según el § 49, párrafo 1")* y la última parte del Articulo 10 del Código Penal de Portugal.

Sin duda, ello no sólo es *per se* contradictorio, sino que también conculca con el Principio de igualdad ante la ley ya que a supuestos normativamente equivalentes se les atribuye consecuencias jurídicas diferentes (penas de distinta cuantía). Por esas razones afirmamos que carece de sentido contemplar una disminución de la pena en caso de punición de delitos impropios de omisión, más aun cuando dicha disminución se presenta como obligatoria.

La responsabilidad de la empresa en Derecho Penal[*]

Carlos Daza Gómez

Sumario: I. Introducción; II. Persona física y persona jurídica: ¿dos conceptos diferentes de persona?; III. Hacia un Derecho Penal económico sancionador de empresa; IV. ¿Vigencia del principio "*societas delinquere non potest*"? V. Estado actual de la cuestión.

I. Introducción

El Derecho Penal de la empresa es una rama del Derecho Penal económico cuyo nacimiento puede cifrarse a mediados del siglo pasado.[1] En el Derecho

* Este breve trabajo, tiene como finalidad reconocer a uno de los más grandes juristas que ha dado el Derecho Penal Alemán: Günther Jakobs. El profesor Jakobs ha realizado la propuesta Dogmática más original y completa en los últimos 70 años: desde Welzel no se había escrito algo tan novedoso, creativo, propositivo, pero sobre todo que transformara el Derecho Penal.

Se ha pronunciado miles de voces en contra del pensamiento jurídico penal de Günther Jakobs, pero es más por desconocimiento que por razón jurídica. Quien quiera acercarse al moderno Derecho Penal habrá de estudiar el pensamiento de Jakobs. Y quien quiera criticar a Jakobs habrá de dotarse de un potencial argumentador de la misma profundidad y firmeza que su argumentación misma. De lo contrario, las críticas corren el riesgo de ridiculizarse a sí mismas. Y, en este caso, esto es lo normal.

Debo agradecer al profesor Jakobs la distinción de su amistad y permitirme organizar el curso académico en su honor "*El Funcionalismo Normativo*" el cual ha tocado las fibras más sensibles de los juristas tanto nacionales como internacionales.

1 Terradillos Basoco, Juan, *Derecho Penal de la Empresa*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 11. Cierto crecimiento económico-financiero característico del siglo XIX se consti-

Económico alemán, al igual que el francés y español —ámbito jurídico que en México, hasta el momento, no se ha desarrollado—[2] es posible reconocer la irresistible tendencia a equiparar este nuevo campo jurídico cada vez más autónomo con el Derecho de la empresa. A ello corresponde la expresión criminológica "*corporate crime*", empleada en el Derecho angloamericano, donde existe una fuerte tradición relativa a la punibilidad de las personas jurídicas; consiguientemente, el Derecho Penal económico también se puede comprender en gran medida como "Derecho Penal de la empresa".[3]

El Derecho Penal de la empresa conduce a la exigencia de castigar no sólo a las personas naturales que actúan delictivamente, sino a la empresa misma,[4] incluso, en última instancia, con independencia de su forma jurídica: esto es, bien como persona jurídica, bien como cualquier otra unión de

---

tuyó en teatro privilegiado de operaciones ilícitas que algunos novelistas diseccionaron genialmente, hasta el punto de que se ha podido decir que BALZAC es un especialista en quiebra, como lo es ZOLA de la especulación. Pero verdaderamente no habrá una tentativa de sistematización del estudio de la delincuencia socioeconómica, y de su regulación específica, más que una vez entrado el siglo XX. Véase asimismo, Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal, Parte General,* tomo II, *Teoría jurídica del delito*, vol. I, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 116 y sigs.; Miguel BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal económico aplicado a la empresa,* Civitas, Madrid, 1978, págs. 109 y sigs.; Hans ACHENBACH, "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Penal alemán", trad. JOSHI JUBERT, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ (Ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin,* José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, págs. 381 y sigs.

2 Sobre los antecedentes históricos de los delitos económicos en nuestro país Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA, *Los delitos contra el orden económico. La responsabilidad penal de la persona jurídica*, UNAM, México, 1995, págs. 95-131.

3 Tal y como lo había señalado Klaus TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985.

4 Así, Günther JAKOBS, "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", en *Libro homenaje al profesor Günther JAKOBS. El funcionalismo en Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 328. "En un primer vistazo al problema se impone el pensamiento de que debería ser tanto más fácil fundamentar como pena la sanción a

personas,[5] tal y como lo prevé el artículo 11 del Código Penal para el Distrito Federal:[6]

> "Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la

---

la persona jurídica en tanto también la persona natural, en contra de su caracterización, es concebida no como un producto de la naturaleza sino solamente como construcción en el proceso de comunicación".

5 Al respecto Klaus Tiedemann, "Presente y futuro del Derecho Penal económico", en *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 35. "En el ámbito jurídico angloamericano, como es sabido, y también en los Países Bajos, en Dinamarca, Noruega, Francia y en Portugal, al aceptarse esta consecuencia, se ha previsto una verdadera punibilidad criminal de la empresa; mientras la mayoría de los Estados europeos, siguiendo la alternativa concedida por la Recomendación del Consejo de Europa R (88) 18, admiten, al menos, la posibilidad de que las empresas respondan con una sanción pecuniaria por los delitos o infracciones administrativas de sus órganos y otros colaboradores o la prevén para un futuro próximo. La solución de la sanción pecuniaria, que en la República Federal de Alemania fue discutida muy vehementemente en los años 50 y 60 y que estuvo precedida de una Recomendación al legislador de un Derecho puro de medidas de seguridad, me parece que es, claramente, el modelo del futuro dentro de la Comunidad Europea.

6 En los Códigos Penales estatales existen tres tendencias en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por un lado aquellos que niegan plenamente esta posibilidad, los que la admiten y los que ignoran completamente el tema. Al respecto consúltese Raúl Plascencia Villanueva, *Los delitos contra el orden económico*, págs. 135-144; el mismo "Prólogo" al libro de Luis García López-Guerrero, *La persona jurídica ante el Derecho Penal*, Cárdenas Editores, México, 2003, pág. XIV; Manuel Vidaurri Aréchiga, "Tratamiento de los delitos socio-ecónomicos", en *Revista Penal*, Número 9, enero, Salamanca, España, 2002, págs. 191 y sigs.

agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública".

II. PERSONA FÍSICA Y PERSONA JURÍDICA: ¿DOS CONCEPTOS DIFERENTES DE PERSONA?

El planteamiento anterior se ve, en cierta medida, reflejado en el pensamiento de JAKOBS, quien conforme a su concepción plenamente normativo-funcionalista del sistema jurídico-penal y, por tanto, de todos sus elementos integrantes (que se hallan, como ha señalado con precisión científica recientemente POLAINO NAVARRETE,[7] desprovistos de una base ontológica o prejurídica), afirma que "la persona se muestra como un haz de derechos y deberes, como un estatus, como un punto de referencia de expectativas, que en lo que a los derechos se refiere permite determinadas libertades, y en el ámbito de los deberes, libertad hasta allí donde su cumplimiento se ve recortado: la persona es la "restricción, atribuida de forma individual, de posibilidades de comportamiento".[8]

Este concepto de persona, netamente normativo, se vincula, en la concepción de JAKOBS, a la defraudación de expectativas normativas, apartándose de la fundamentación tradicional de lesión material —tangible, ontológico— de un bien jurídico penalmente protegido. La actuación de persona deviene penalmente relevante, en tanto que infringe una norma integrante del sistema social, y en la esencia de esta infracción se halla, precisamente, la defradación de la expectativa normativamente garantizada.

El concepto normativo funcionalista de persona patrocinado por JAKOBS resultaría de por sí, como ha señalado POLAINO NAVARRETE,[9] en absoluto viable para desechar cualquier distinción naturalista (ontológica) como aquella

7 *Vid.* Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal, Parte General,* tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho Penal,* 4a. edic., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona, 2001, págs.

8 Günther JAKOBS, "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", *op. cit.*, págs. 328 y 329.

9 Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal, Parte General,* tomo I, *l.u.c.*

que distingue entre "persona física" y "persona jurídica", y cree poder fundamentar tal distinción en la supuesta idoneidad de la persona jurídica para actuar por sí misma de manera antijurídica, infringiendo normas penales. En el concepto de persona de JAKOBS, por tanto, persona física y jurídica conviven armónicamente, y su distinción es meramente fenomenológica: *per se* ambas pueden defraudar expectativas sociales normativamente garantizadas, y por ello, si pueden contratar lícitamente, nada obsta para que pueden contratar —parafraseando el conocido argumento de Franz VON LISZT— usuraria o fraudulentamente.

Esta concepción funcionalista jakobsiana conlleva un potencial explicativo, como igualmente señala el Profesor POLAINO,[10] que significa una ruptura con la dogmática anterior. Ésta se fundamentaba —como hemos afirmado— en criterios naturalistas, ontológicos, prejurídicos, etc., y creía hallar en la conformación de los tipos penales una restricción a la realización del delito de modo que el único sujeto activo idóneo (por ejemplo, de una falsificación documental) era una persona de carne y hueso, un *cuerpo* que materialmente realizara tal actividad y respondiera por ello, y no la persona jurídica, ente inidóneo —según esta postura tradicional— para realizar por sí mismas actividades penalmente relevantes y de infringir, por ello, normas de comportamiento.[11]

Desde esta perspectiva, afirma JAKOBS, cuya postura en este punto de cierta forma sigo: "...las expectativas normativas también afectan a una persona jurídica: uno puede partir de la base de que la persona jurídica va a

10 Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal, Parte General,* tomo I, *l.u.c.*

11 *Vid.*, en este sentido, Bernd SCHÜNEMANN, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", *ADPCP*, tomo 41, Madrid, 1988, págs. 531 y sigs.; ÍD. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", *ADPCP*, tomo 41, Madrid, 1988, págs. 531 y sigs. ÍD. *Deutsche Wiedervereinigung. Die Rechtseinheit. Arbeitskreis Strafrecht*, tomo 3, *Unternehmenkriminalität*, 1996, págs. 129 y sigs., esp. 137, citado por Günther JAKOBS, "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", *op. cit.*, pág. 328, nota 7, con crítica suya.

cumplir sus contratos, que no va a realizar contratos fraudulentos, que no va a distribuir productos dañinos, etc. El mantenimiento social de estas expectativas se encuentra en el sinalagma con la capacidad jurídica de la persona jurídica, y hasta ahí alcanza del mismo modo que los órganos de personas jurídicas pueden "prestar" su responsabilidad".[12]

Sin embargo, JAKOBS establece en su propia postura unos límites estrechos, unas salvedades explicativas, que en definitiva le impide extraer todo el potencial que podría extraer de su explicación funcionalista. Afirma JAKOBS que la "indiscutible capacidad de contratar" de las personas jurídicas "no prueba ... la capacidad de delinquir".[13] A esta conclusión llega JAKOBS después de argumentar, con su brillantez habitual, que "sólo porque sea persona, la persona jurídica no tiene por qué ser persona *a todos los efectos*",[14] esto es, que "persona no siempre equivale a persona",[15] y ello explica que la persona jurídica no tenga derecho al voto así como otros muchos derechos,[16] así como que "si persona equivaliera a ser persona, entonces la persona jurídica también tendría un derecho a no ser disuelta de forma arbitraria, a no ser fusionada con otra, en general, a no ser mezclada entre los derechos del derecho de cosas, lo que significaría, a más de otros aspectos, que todo comercio con acciones debería ser suprimido",[17] y por ello en definitiva "todo lo que sirve para una persona natural no sirve para una persona jurídica".[18]

Esta conclusión no resulta, como ha señalado el Profesor POLAINO,[19] plenamente satisfactoria, precisamente porque se vale de una argumenta-

12 Günther JAKOBS, "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", *op. cit.*, pág. 342.

13 Günther JAKOBS, "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", *op. cit.*, pág. 330.

14 Günther JAKOBS, "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", *op. cit.*, pág. 346.

15 Günther JAKOBS, "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", *op. cit.*, pág. 329.

16 Günther JAKOBS, "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", *op. cit.*, pág. 330.

17 Günther JAKOBS, "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", *op. cit.*, pág. 330.

18 Günther JAKOBS, "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", *op. cit.*, pág. 330.

19 Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, *l.u.c.*

ción marcadamente ontologista. Es evidente que desde el punto de vista naturalista —ontologista— existen diferencias material insalvables entre persona física y persona jurídica, que impiden —por ejemplo—que la empresa pueda realizar corpóreamente la acción de homicidio. Desde el punto de vista ontologista es claro que no todo lo que sirve para una persona física puede ser aplicado, en su integridad, a una persona jurídica. Pero este argumento —como sugiere Polaino—[20] no es lógico, ni coherente, ni aceptable, desde un planteamiento normativo, que es el que Jakobs afirma defender. Si el concepto de persona es una construcción, entonces no existe problema alguno —una vez que se vincula, como acepta Jakobs, la persona jurídica a la protección de expectativas normativas- en equiparar persona física y jurídica, en considerar superflua esta distinción desde el punto de vista normativo, y en considerar, en consecuencia, que las personas jurídicas pueden ser sujetos activos de injustos penales.

En base a esto, el maestro alemán rechaza la punibilidad de la persona jurídica no por incapacidad de acción, sino por otras razones más complejas. Así, después de una fundamentación rigurosa pero discutible, concluye que: "... una persona jurídica no puede desautorizar la norma: no puede desempeñar el rol de un autor penal por carecer de equipamiento suficiente",[21] y añade que "la expectativa de que no se va a producir una indeterminación es".

Los argumentos relacionados anteriormente son consecuencia de la discrepancia doctrinal existente. Según la doctrina mayoritaria, en tanto que el delito cometido en el curso de una actuación para una empresa pertenezca al grupo de los denominados delitos comunes, no se plantean especiales problemas de imputación jurídico-penal, sino que se aplican las reglas generales de autoría y participación. En estos delitos los problemas que se plantean son los que se deriven a partir de la escisión entre acción y responsabilidad que tiene lugar en toda actividad que, como la de la empresa, se desarrolla conforme al principio de división de trabajo y con arreglo a una forma de

20 Miguel Polaino Navarrete, *Derecho Penal, Parte General,* tomo I, *l.u.c.*

21 Günther Jakobs, "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", *op. cit.*, pág. 342.

organización jerárquica. Es decir, problemas de identificación del o los autores responsables y problemas de prueba.[22]

Por otra parte, el artículo 13 del Código Penal Federal, alude a los posibles autores o partícipes del delito, pero no establece que todos ellos sean sujetos activos, sino que extiende la responsabilidad del ilícito a los partícipes; por tanto, es inexacto que estos últimos deban reunir una calidad específica en los tipos penales que así lo requieren. Ahora bien, si en el caso se acreditaron los elementos típicos del ilícito a integrar (por ejemplo el previsto en el artículo 112, fracción V, de la Ley de Instituciones de Crédito), porque un empleado o funcionario de la institución de crédito ofendida autorizó operaciones a sabiendas de que resultarían en quebranto del patrimonio del banco, y también se acreditó que para la ejecución del ilícito contribuyó persona diversa que no tenía la calidad de funcionario o empleado de la institución de crédito, como fue un tarjetahabiente, es evidente que la responsabilidad de este último resulta como copartícipe del activo del delito, conforme lo establece la fracción III, del artículo 13 antes mencionado, pues es obvio que debe responder por su conducta dolosa, en congruencia con el grado de su culpabilidad.

A los problemas que surgen para la determinación del sujeto responsable en el ámbito de las reglas comunes de autoría y participación y en relación con el delito o la infracción cometidos a partir de una actuación para

22 Para conocer los casos en que se cometan delitos previstos en el artículo 112, fracción V, de la Ley de Instituciones de Crédito, requiere en primer término, que el sujeto activo del delito sea empleado o funcionario de una institución de crédito, y que éste autorice operaciones a sabiendas de que resultarán en quebranto del patrimonio de dicha institución; siendo pertinente mencionar, que el activo del delito es el que ejecuta la conducta típica. La tesis I.3o.P.44 P, Novena Época, Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Tomo: X, Agosto de 1999, pág. 740. *Coparticipe en el delito previsto en la fracción v del artículo 112 de la Ley de Instituciones de Crédito.*

una empresa se sobreañade en el caso de los delitos especiales[23] una nueva dificultad.[24]

A partir de la descripción del supuesto de hecho delictivo en el precepto de la Parte Especial resulta que no todo el que realice la acción típica o actúe con dominio del hecho puede ser responsabilizado como autor del delito. Aunado a ello, en los pocos casos en los que se le llega a exigir una responsabilidad penal, ésta recae sobre personas secundarias y nunca sobre los auténticos y verdaderos responsables. En los delitos especiales, una figura central es la que constituye el representante y su punibilidad; por ello, se dificulta que pueda partirse del tipo de la Parte Especial, porque esa figura carece personalmente del elemento especial de la autoría. La función que la disposición legal de las actuaciones en lugar de otro debe cumplir es la de ampliar la autoría del delito especial de modo que, a partir de ella, pueda darse entrada ya al representante en el círculo de autores idóneos del delito.

Ahora bien, en el representante no puede concurrir nunca el elemento de la autoría de un modo personal. Por esta razón, la doctrina entiende que la inclusión del representante en el círculo de autores del delito especial sólo es

23 Según la definición formal más extendida, delitos especiales son aquellos en los que el ámbito personal de la autoría se encuentra restringido, es decir, autor de un delito especial no puede serlo cualquiera, como un delito común, sino sólo determinadas personas que pertenecen a un círculo definido. en los delitos especiales propios, el legislador ha elevado a la categoría de autor sólo a personas calificadas de un modo especial. de ahí que el autor en los delitos especiales quede restringido al grupo de personas que establece la ley y que realizan la acción típica. es opinión común de la doctrina que las cualidades y cantidad objetivas de la aportación del sujeto al como causal (adecuado) —"contribución esencial", o "determinación objetiva y positiva del hecho— será por tanto, la clase de juicio al que se habrá de acudir para que tal sujeto sea considerado autor del correspondiente delito.

24 Günther JAKOBS, "Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos", en Santiago MIR PUIG/Diego M. LUZÓN PEÑA (Coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 78 y sigs. Estudio extenso de los requisitos de la imputación jurídico-penal en la participación en sentido amplio.

posible a partir de una imputación al representante del elemento de la autoría del que carece, es decir, mediante una transmisión de dicho elemento de la autoría al representante. Esto es, no es la empresa la que realiza actos jurídicos sino que ésta queda vinculada por las actuaciones en su nombre de sus órganos y representantes.[25]

En consecuencia, delimitaremos aún más el análisis: nos vamos a referir sólo a las peculiaridades de la organización de las grandes empresas, como por ejemplo cualquier colectivo empresarial de cierta importancia, las actividades se realizan a través de un complejo organigrama, en el que predominan la división de funciones en el plano horizontal y la relación jerárquica en el plano vertical, es evidente que no puede situarse el centro de gravedad de la responsabilidad por autoría exclusiva o principalmente en el último eslabón de la cadena, esto es, en la fase ejecutiva, de manera que se deje en la periferia o incluso en la impunidad conductas no ejecutivas, pero que realmente tiene una imporancia equiparable, si no mayor, a las propias ejecutivas.

El objetivo del presente estudio será reflexionar si dicho camino es apropiado para encontrar la solución más eficaz en el ámbito de la delin-

25 Así, Bernardo FEIJOÓ SÁNCHEZ, "¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?", en *Libro homenaje al profesor Günther JAKOBS. El funcionalismo en Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 353. "Piénsese que incluso se pueden presentar supuestos en otros ámbitos jurídicos en los que un representante vincule a la sociedad habiendo llegado a actuar en contra de la voluntad social o habiendo realizado un comportamiento prohibido por la sociedad. Es decir, situaciones de esquizofrenia. La esquizofrenia puede llegar al grado de que diversos órganos estén tomando decisiones contradictorias en relación con lo prescrito por la norma penal".

Así también la tesis jurisprudencial de la Novena Época Instancia: Pleno Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Tomo: XI, Marzo de 2000 Tesis: P. XXII/2000, pág. 90. *Denuncia penal. su presentación por representantes de las personas morales, no viola la garantía de audiencia prevista en el artículo 14 constitucional (artículo 159, segundo párrafo, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila).*

cuencia empresarial, pero sin perder de vista la observancia de los postulados de un Derecho Penal respetuoso de los derechos y garantías individuales fundamentales,[26] y en específico, al sujeto de imputación jurídico-penal.

III. Hacia un derecho penal económico sancionador de empresa

Junto a la teoría y a la práctica de la economía de mercado como macrosistema externo se sitúa el sistema interno de la estructura fáctica y jurídica de la empresa, cuyas coordenadas de división de trabajo y jerarquía constituyen en la actualidad, una condición previa de la actividad económica. Normalmente se supone que una jerarquía empresarial empresarial especialmente desarrollada no sólo dificulta y perjudica la prueba procesal de delitos e infracciones administrativas, sino que también impide la efectividad y flexibilidad económicas. De ahí que, posiblemente, el futuro exija una mayor concentración de la estructura empresarial. Este hecho favorecería también la investigación criminal en el ámbito económico. Sin embargo, en qué medida es decisiva una determinada dimensión de la empresa en su conjunto para tener capacidad internacional de competencias pública, del mismo modo que en Criminología se discute toda afirmación referente a la mayor o menor tendencia de las grandes empresas a la realización de actividades criminales.[27]

En este sentido, el desarrollo de las sociedades modernas ha producido no sólo una elevación de la criminalidad tradicional frente a la propiedad y el patrimonio (fraudes, robo) además de delitos de sangre, sino también una multiplicación de las formas de delincuencia posibles. Ello exige una construcción del sistema penal acorde con los tiempos modernos, una Dogmática flexible en el que puedan armonizarse coherentemente los criterios de asignación de responsabilidad (imputación).

26 Así la tesis VII/89, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, Octava Época, Tomo: III, Primera Parte, Enero a Junio de 1989, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación,* visible en la pág. 139.

27 En este sentido Klaus Tiedemann, "Presente y futuro del Derecho Penal económico", *op. cit.*, pág. 34.

Para ello es preciso indagar en el propio concepto de criminalidad de empresa y en las diversas formas de producción de esa criminalidad. Como enseña Bernd SCHÜNEMANN, con el concepto de "criminalidad de empresa" se designa todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa.[28]

Los cambios de la estructura socioeconómica generan en sí mismos las ocasiones para delinquir. Por ejemplo: si no existiesen deberes de confianza de gestores o administradores de las empresas no podrían existir delitos fundados en la infracción de esos deberes; del mismo modo, el establecimiento de controles o deberes en relación con entes de carácter público implica la posibilidad de fraudes de subvenciones o delitos fiscales.[29]

En esta materia deberemos tratar de conciliar el mantenimiento de las exigencias garantísticas del principio de responsabilidad individual —opuestas a cualquier forma de responsabilidad objetiva por el resultado—[30] con

---

28 Bernd SCHÜNEMANN, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", *ADPCP*, tomo 41, Madrid, 1988, págs. 531 y sigs.; TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho Penal económico*, Barcelona, 1993, págs. 253 y 263, "...hoy se considera criminalidad económica la criminalidad de empresa, entendida ésta como la célula esencial en la estructura y el desarrollo económicos, sin perjuicio de que con carácter general existe una gran dificultad a la hora de conseguir una clara delimitación de lo que deben ser considerados delitos económicos sin una enumeración".

29 En este sentido Carlos PÉREZ DEL VALLE, "Introducción al Derecho Penal económico", en *Curso de Derecho Penal económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 20.

Al respecto es aplicable la siguiente tesis: Novena Época. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo: III, Mayo de 1996 Tesis: I.3o.C.101 C, pág. 645. *Instituciones bancarias. Su transformacion de sociedades nacionales de crédito a sociedades anónimas, no implica que se trate de personas jurídicas diferentes, sino que se trata de una misma persona moral.*

los principios que rigen la actuación organizada en la empresa: división de trabajo, especialización y complementariedad, en el plano horizontal, y jerarquía, en el plano vertical.[31]

Para SILVA SÁNCHEZ,[32] la responsabilidad penal de los sujetos individuales en el ámbito empresarial tiene similitud con la problemática más general de la responsabilidad criminal en el seno de organizaciones estructuradas jerárquicamente, como en el caso de los delitos de la "criminalidad organizada" —terrorismo, narcotráfico— o los cometidos en el marco de la administración pública.

En todos esos casos de estructuras organizadas jerárquicamente, asistimos a un fenómeno de escisión entre las personas físicas que realizan materialmente la conducta delictiva y los sujetos responsables de la decisión criminal, quienes han trazado el plan.

Desde el punto de vista político-criminal, se produce una sensible disminución del efecto preventivo general de la pena, en un doble sentido:[33]

---

30 Sobre el particular TORRES LÓPEZ, *Teoría y práctica de los delitos fiscales*, Porrúa, 2000, pág. 4, considera: "la infracción fiscal deriva esencialmente en una responsabilidad impersonal porque la sanción es esencialmente patrimonial (sea en la modalidad de multa o de pérdida de derechos) y porque no se proyecta necesariamente en la persona física que real o materialmente llevó a cabo el comportamiento que constituye la infracción y provoca la aplicación de la sanción. Estas notas características de la infracción se reflejan en el tipo de procedimiento que se utiliza para darlas por comprobadas y para aplicar y hacer efectiva la sanción, en el cual no se aprecia de manera necesaria y principal el tema de la atribuilidad (imputabilidad, dolo, culpa y no exigibilidad).

31 Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, "El principio de confianza como elemento general de la teoría del delito", *RDPC*, UNED, Madrid, 2000; Carlos Julio LASCANO, *Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales*, pág. 381.

32 Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho Español", en B. SCHÜNEMANN/J. de FIGUEREIDO DIAS (Coords.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 368 y sigs.

1. En primer lugar, hacia arriba, porque, como consecuencia del principio de descentralización, característico de la moderna organización empresarial, los que tienen el poder de decisión y conducción en la empresa no pueden ser autores pues no ejecutaron el hecho típico, y por ello se traslada la imputación delictiva desde aquéllos hacia las personas situadas en los niveles jerárquicamente inferiores de la organización, ya que sólo las últimas —individualmente o en conjunción con otras— realizan materialmente la conducta descrita por la ley penal.

2. Hacia abajo, la atenuación de la función motivadora de la norma penal obedece en tales casos a las razones expuestas por SCHÜNEMANN: a) a menudo los que realizan materialmente el hecho no advierten con plenitud y claridad el alcance de las consecuencias que advierten con plenitud y claridad el alcance de las consecuencias que pueden derivar de su conducta aislada, debido a la división de trabajo y a la deficiente información que tienen sobre el funcionamiento global de la empresa, conocimiento que sólo poseen sus directivos o gerentes; b) tales sujetos subordinados —ubicados en las escalas inferiores de la jerarquía empresarial— pueden oponer escasa resistencia ante la "*actitud criminal del grupo*", conformada por los comportamientos ilegales de una empresa a la cual se encuentran ligados por las obligaciones laborales de obediencia y lealtad, y el consiguiente temor a la pérdida de la fuente de trabajo en caso de incumplimiento o a ser posibles de sanciones disciplinarias; c) los ejecutores directos pueden alegar con eficacia su exculpatoria haber actuado de "*un modo altruista*" en interés de la empresa; d) dichos dependientes son "*engranajes*" altamente fungibles dentro de la organización empresarial, por lo cual suelen ser fácilmente.

Por todo ello, la doctrina ha afirmado la conveniencia de penar a los sujetos que en la jerarquía empresarial están ubicados por encima de los ejecutores materiales, en especial, a quienes conforman la cúpula de la organización y controlan la empresa, porque su conducta es la más relevante.[34] De hecho, FEIJOÓ SÁNCHEZ critica que en las empresas no se puede aceptar

33 Así, Carlos Julio LASCANO, *Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales*, pág. 382.

que "sean tratadas como las personas físicas y que todo dependa de la voluntad político-criminal del legislador de contemplar sanciones penales específicas... Cuando se quiere realizar ciencia del Derecho Penal sin incurrir en el puro decisionismo, las propuestas político-criminales alternativas deben estar basadas en modelos dogmáticos plausibles".[35] Por lo que Jakobs, en cierta medida sugiere que "el problema se puede resolver fácilmente: si la persona jurídica, con independencia de la conciencia de sus órganos, puede ostentar una culpabilidad propia. La mirada no se dirige a la voluntad mediata del órgano sino ya a la "voluntad común".[36]

IV. ¿Vigencia del principio "*societas delinquere non potest*"?

En el moderno Derecho Penal se logró durante un amplio período de tiempo un consenso general sobre la aplicación del principio *societas delinquere non potest*. Se rechaza tradicionalmente, por ello, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y se considera que en los casos de comisión de un delito en su seno, la responsabilidad criminal alcanza únicamente a las personas físicas que actúan en su representación.[37]

Esta postura doctrinal y jurisprudencial,[38] mantenida durante muchos años con una firmeza extraordinaria en nuestro país y en el extranjero,[39] se

34 Esto se verá más adelante en detalle.

35 Bernardo Feijóo Sánchez, "¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?", *op. cit.*, págs. 359 y sig.

36 Günther Jakobs, "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", *op. cit.*, pág. 341.

37 Véase entre otros, José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español, parte general*, 5a. edic., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 68; Luis Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, Prensas Universitas de Zaragoza, Zaragoza, 1985, t. I, págs. 9 y 10; Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, parte general*, PPU, Barcelona, 1996, pág. 166; Raúl Plascencia Villanueva, *Teoría del delito*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

apoya fundamentalmente sobre dos argumentos de índole dogmática, si bien el segundo también tiene importantes implicaciones constitucionales.

El primer argumento se centra en el concepto penal de acción, tal y como se viene formulando tradicionalmente en el ámbito de la teoría del delito. Así, la voluntad en la acción es concebida en un sentido psicológico, no normativo, lo que impide que se pueda atribuir capacidad de acción a la persona jurídica.[40] A las personas jurídicas les faltaría la conciencia y la voluntad en sentido psicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación, facultades humanas que necesariamente han de tomar prestadas a hombres.

---

38 Básicamente véanse las siguientes tesis:

Octava Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación,* Tomo: XI, Marzo de 1993, pág. 375 *Sociedades. conocimiento del acto reclamado por conducto de sus representantes legales.*

Octava Época Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación,* Tomo: XI, Febrero de 1993 pág. 321. *Responsabilidad civil, atribuida a la Procuraduria General de Justicia del Estado de Mexico, derivada del ejercicio de la acción penal. Improcedencia.*

39 Una precisa síntesis de la aceptación o rechazo de este principio en la doctrina comparada puede verse en Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal, Parte General,* tomo II, *Teoría jurídica del delito*, vol. I, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 116 y sigs.

40 En el mismo sentido Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA, "Prólogo" al libro de Luis GARCÍA LÓPEZ-GUERRERO, *La persona jurídica ante el Derecho Penal*, Cárdenas Editores, México, 2003, pág. XI. "...pues para algunos ésta sólo puede ser desplegada por una persona humana, lo cual es el fundamento de la ausencia de una culpabilidad, cuestión de sistemática, si negamos la capacidad de acción, indiscutiblemente, nos enfrentamos ante la atipicidad y por ende ante una falta de antijuridicidad y de culpabilidad, sin embargo, esto sería tanto como justificar la actuación de personas físicas a través de personas jurídicas. La solución no es simplemente reformar la ley penal, sino, el hacerla efectiva...".

El segundo argumento gira en torno al concepto de culpabilidad, tal y como es entendido por la mayoría de la doctrina hasta nuestros días, pero también afecta al principio constitucional de culpabilidad, puesto que es evidente que actualmente sólo son aceptables aquellas construcciones del sistema de la teoría del delito que sean compatibles con el principio de culpabilidad, el cual goza de rango constitucional a pesar de no hallarse expresamente mencionado en ningún artículo de nuestra Constitución.

Pues bien, de acuerdo con la concepción mayoritaria, las personas jurídicas tampoco tienen capacidad de culpabilidad, ya que el hecho de afirmar la culpabilidad de un sujeto lleva aparejado un juicio de reproche, dado que sólo se afirma que un sujeto es culpable de haber realizado un hecho injusto cuando "merece" ser penado, porque pudiendo haber actuado conforme a Derecho, no lo hizo, merecimiento que de ningún modo puede ser imputado a la persona jurídica, sino únicamente a las personas físicas. Dicho de otro modo: entendida la culpabilidad como juicio de reproche, con una estructura similar a la culpabilidad ética, no puede dirigirse a la persona jurídica.[41]

Welzel les niega capacidad de culpabilidad. Explica que el objeto primario de reproche de culpabilidad es la voluntad y sólo a través de ella también toda la acción. Culpabilidad es reprochabilidad de la configuración de la voluntad y toda culpabilidad es, según lo explicado, "culpabilidad de voluntad"; sólo aquello respecto de lo cual el hombre puede algo voluntariamente, explica, le puede ser reprochado como culpabilidad; afirma, así que sólo puede hacerse culpable el individuo dotado con una voluntad, no una asociación o cualquier otra persona colectiva; otro problema es si en qué medida responde una asociación por los delitos cometidos por sus órganos.[42]

41 Beatriz de la Gándara Vallejo, "El sujeto del Derecho Penal económico y la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas: derecho vigente y consideraciones de lege ferenda", en *Curso de Derecho Penal Económico*, pág. 50.

42 Hans Welzel, *Derecho Penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pág. 167; también se pronunciaron en contra, Giuseppe Maggiore, *Derecho Penal, Parte*

Sin embargo, esta concepción no es plenamente convincente, por varios motivos, entre los que señalamos los siguientes:

1. Los argumentos aludidos pecan de un excesivo naturalismo, y se muestran alejados de la misma norma. Decir que la acción ha de ser realizada por una persona física a quien pueda indivualizarse la responsabilidad penal es una postura plenamente psicologista u ontológica que no se corresponde en absoluto con las exigencia de las sociedades modernas y que ha de ser rechazada por la Dogmática actual. La acción deviene penalmente relevante en cuanto que se infringe una norma, esto es, se defrauda una expectativa. Para ello, es indiferente que actúe una persona física o empresa. Además, la individualización de la imputación se hará, según los criterios de la imputación objetiva (tan depurados por el maestro JAKOBS en muchos de sus estudios), a aquel sujeto que incremente el riesgo no permitido o no lo disminuya pudiendo y debiendo hacerlo. Toda esta operación se lleva a cabo, pues, en un plano plenamente normativo. Nada obsta para que la persona jurídica, la empresa, pueda ser sujeto activo de injustos penales.

2. Parecida crítica merece la clásica concepción de la culpabilidad. Sostener que la culpabilidad únicamente consiste en un reproche ético que no puede hacerse a la persona jurídica, y exraer de ello que la empresa no puede delinquir es una concepción que debe ser superada en la Dogmática moderna. Con JAKOBS han de integrarse en el concepto de culpabilidad (y en la pena) también los criterios de prevención general de la criminalidad. La culpabilidad (y, en consecuencia, la función de la pena) sería, como ha desarrollado el maestro JAKOBS, un concepto funcional, normativo, y no uno ontológico, ni psicologista.

3. Además, actualmente en un modelo de sociedad que pueda seguir funcionando, es preciso que se aseguren las decepciones que pueden surgir de los contactos sociales. El sujeto que vive en sociedad se relaciona con personas cuyos comportamientos no pueden predecirse del mismo modo

general, Temis, Bogotá, 1995, pág. 136; Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, parte general*, Temis, Bogotá, 1995, pág. 316.

que los sucesos naturales. Así, el ser humano se encuentra en una situación de inseguridad respecto a lo que debe hacer y puede "esperar" de los otros sujetos que conviven con él. Por tanto, si se quiere poder vivir en sociedad es preciso que las expectativas de cada individuo sobre las actuaciones de los otros estén aseguradas. Dado que estas expectativas sociales no pueden ser aseguradas cognitivamente, lo serán normativamente. Las expectativas normativas aseguran a quien confíe en ellas que actúa correctamente y que el defecto está en la persona que las ha defraudado.[43]

En la dogmática jurídico-penal (básicamente Alemania y Francia) se ha elaborado una corriente favorable al reconocimiento de la capacidad penal de las personas jurídicas,[44] y —es más— se propone la configuración de una Dogmática con nuevos criterios, de nueva planta, que pueda hacer frente a la criminalidad de empresa, esto es, adecuar los viejos principios dogmáticos a las nuevas exigencias de la Sociedad.[45]

Ya la discusión no estriba tanto en que las personas jurídicas sean titulares de bienes jurídicos (vida, patrimonio) que podrían verse anulados o disminuidos por la pena (disolución, suspensión, multa),[46] y por ello han de

43 Günther Jakobs, *Estudios de Derecho Penal,* Civitas, Madrid, 1997, pág. 128.

44 Silvina Bacigalupo Saggese, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998; José Miguel Zugaldía Espinar, "Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas", *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 3a. época, No. 46, 1997, págs. 335 y sigs.

45 Véase, ampliamente, Günter Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken,* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995.

46 Diferente a lo que acontecería con la responsabilidad social de una empresa explica Aragón Correa, *Empresa y medio ambiente. Gestión estratégica de las oportunidades medioambientales*, Comares, Granada, 1998, pág. 38, "aquellos que consideran que todo comportamiento legal para obtener beneficios es socialmente responsable y cualquier comportamiento legal para obtener beneficios es socialmente irresponsable. Los que entienden la responsabilidad social como una reacción social son quienes creen que la responsabilidad social de la empresa consiste en satisfacer las de-

desempeñar un rol en el sistema penal. Esto es evidente: como pone de manifiesto el maestro POLAINO NAVARRETE, las personas jurídicas son siempre, como los inimputables, potenciales sujetos pasivos de delitos. La discusión estriba en si pueden ser, además, sujetos activos de delitos. Evidentemente pueden hallarse argumentos, más o menos consistentes, en ambos signos.

El reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas parece aconsejable desde el punto de vista político criminal por la importancia que tienen en la vida moderna y por la posibilidad, indudable, de que se cometan delitos en virtud de acuerdos de sus órganos de gobierno, en función de sus intereses o con medios suministrados por ellas.

Como ha apuntado FEIJOÓ SÁNCHEZ, la organización correcta (falta de culpabilidad) no exime de responsabilidad por carecer de efectos disculpantes. La supuesta "culpabilidad por organización" no es tal. Se equipara culpabilidad con tipo objetivo ya que la realización de los elementos objetivos del tipo por parte de algún miembro de la empresa opera *iuris et de iure* contra la persona jurídica (responsabilidad objetiva).

Con esto FEIJOÓ SÁNCHEZ pretende aclarar la determinación de las empresas o, por que no, motivarlas a que se organicen internamente de forma correcta, esto es, con base en un cálculo económico o utilitarista entre costes (de la sanción) y beneficios (de la organización defectuosa).[47] No obstante, el propio autor aclara que si "una estrategia de estas características, propia del Derecho Administrativo, resulta ilegítima para un Derecho Penal que sólo puede perseguir sus efectos preventivos-generales mediante retribución y respetando las exigencias del principio de culpabilidad".[48] Se discute si la

---

mandas sociales de su entorno, en reaccionar a las normas y expectativas sociales. Finalmente, quienes consideran la responsabilidad social defienden la participación proactiva y voluntaria de la empresa en los asuntos de interés público".

47 Así Bernardo FEIJOÓ SÁNCHEZ, "¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?", *op. cit.*, pág. 358, quien sigue el pensamiento de JAKOBS.

48 Bernardo FEIJOÓ SÁNCHEZ, ¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?, *op. cit.*, pág. 358.

responsabilidad de la persona jurídica debe excluir la de sus miembros dirigentes o debe coexistir con ella. Esta última es hoy la más extendida.[49]

Además, uno de los problemas que se plantean en los supuestos de lesiones o muertes causadas por productos es el de la determinación de las fuentes que han creado los riesgos jurídicamente relevantes. En estos casos, la conducta creadora de riesgos (fabricación, distribución, comercialización) se realiza generalmente por una empresa, y en ella la delimitación de las esferas de responsabilidad individual (esto es, de los ámbitos a los que afecta el deber individual de control de riesgos de un sujeto concreto) resulta habitualmente problemática, puesto que todas las intervenciones humanas suelen estar programadas como un sistema interrelacionado. Son muchos los problemas que se plantean en este aspecto derivados de la misma estructura empresarial.

DOVAL PAIS ha brindado recientemente algunos ejemplos:

— La proliferación de los fraudes al compás de los avances producidos en el seno de la química, fomentó la aparición de una literatura especializada, que "habla de la tutela de bienes jurídicos relacionados con la confianza pública depositada en las cualidades de los diversos bienes, objetos y servicios".[50]

49 En otro sentido véase el sistema de Günther JAKOBS, *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, págs. 12 y sig. Al entender que "el delito se toma como comunicación defectuosa, por lo que el Derecho Penal debe llevar a cabo una función de reafirmación comunicativa cuando una expectativa se ha visto defraudada. El Derecho Penal permite la determinación normativa de las expectativas sociales mediante la creación de normas jurídico-penales. Estas normas se ven infringidas no sólo cuando las conductas infractoras son el desencadenante de procesos causales nocivos, sino cuando expresan un determinado sentido, cuando son, en definitiva, contrarias a lo "esperado". El quebrantamiento de la norma consiste en esta contradicción con lo que ella establece, y en la desautorización de la misma que lleva consigo".

50 Antonio DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 216.

— El caso de la sacarina: La Real Orden de 3 de abril de 1889 prohibió la introducción en el mercado de las sustancias alimenticias que contuvieran sacarina, al mismo tiempo que instaba a las autoridades de dicho producto a toda clase de alimentos.[51] Las razones para ello las exponía la misma disposición: "no tan sólo por la estafa que se comete dando al consumidor, sacarina, en vez de azúcar, sino también por las perturbaciones que, dadas las propiedades antisépticas de la sacarina, puede producir en las funciones digestivas, en el estado normal o fisiológico del individuo que la ingiere en el estómago en la creencia de que es azúcar".[52]

Por lo demás, debemos centrarnos en una aspecto también interesante: el relativo al concepto de empresa. La empresa se constituye en el sistema económico como agente operativo. Ofrece determinados bienes en el mercado que cubren las necesidades demandadas por el consumidor. Ésta es la función externa de la empresa, pero internamente la empresa puede programar su propio desarrollo funcional y sus actividades conforme a las expectativas vigentes en el sistema económico. Las expectativas que se configuran en el seno de la empresa no trascienden al exterior, no son relevantes para la determinación de las expectativas de los consumidores, puesto que éstos (el resto de los ciudadanos) la perciben como unidad. Las personas individuales que actúan en nombre de la persona jurídica encuentran el límite de sus competencias y poderes, según los casos, en la ley, en los estatutos sociales y en el negocio de representación voluntaria. Es evidente, sin embargo, que ni la ley, ni los estatutos sociales pueden otorgar competencias para realizar hechos ilícitos y tampoco puede haber apoderamiento *válido*, para la realización de tales hechos. Lo único que en tales casos puede quedar para configurar el supuesto de hecho de la imputación a la persona jurídica es, por ello, el hecho objetivo resultante como efecto de la voluntad de la acción del órgano, hecho que, en la medida en que sea contrario al ordenamiento jurídico, constituirá lo que, de acuerdo con las distinciones efectuadas por la doctrina

51 Antonio DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario*, *op. cit.*, pág. 82.

52 Antonio DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario*, *op. cit.*, pág. 83.

de la acción finalista, especialmente en el sentido de WELZEL y Armin KAUFMANN, llamamos el "desvalor del hecho objetivo".

Ahora bien, así como el hecho objetivo es único, los juicios desvalorativos que sobre él pueden recaer pueden ser plurales. El hecho objetivo que se imputa a la persona jurídica (los efectos del contrato delictivo concluido en su nombre por la persona física) no se contempla ahí desde la misma perspectiva *desvalorativa* que interesa al Derecho Penal para configurar el desvalor del resultado que constituye lo injusto penal específico.[53]

Bajo esta tesitura, el criterio de la imputación y, por ello, el punto de vista valorativo determinante de la imputación del hecho objetivo de la persona jurídica, podrá ser diverso: riesgo objetivo, criterio de beneficio, enriquecimiento sin causa, reafirmación del derecho de los terceros de buena fe, afirmación de la validez de la persona jurídica, etc., pero estos criterios no tienen naturaleza jurídico penal. De ahí tiene que resultar que la consecuencia jurídica aplicable a la persona jurídica no puede ser tampoco una sanción en sentido estricto, es decir, una reacción jurídica frente a la transgresión de una norma de conducta y reafirmativa de la norma de determinación.[54]

En este sentido, se ha afirmado que si las personas jurídicas no son capaces de acción y no pueden realizar, en consecuencias, acciones típicas y antijurídicas, no podrán ser tampoco sujetos del juicio de peligrosidad criminal ni podrán serles impuestas tampoco medidas de seguridad del Derecho Penal, dado que aquéllas son, precisamente, el fundamento de éstas.[55]

53 El desvalor penal específico del resultado sólo puede quedar fundamentado en referencia al desvalor penal específico de la acción, es decir, sólo en la medida en que el hecho objetivo pueda ser atribuido a una acción de características determinadas —la acción típica— de acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma. Luis GRACIA MARTÍN, *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, pág. 43.

54 Luis GRACIA MARTÍN, *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, pág. 44.

55 Luis GRACIA MARTÍN, *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, pág. 45.

Todo lo anterior implica la necesidad de resolver el problema relativo a cuáles han de ser los criterios de imputación, criterios que deben ser de respeto estricto al principio de culpabilidad. Se trata, en definitiva, de establecer criterios de imputación para responder del hecho propio.

La imputación del elemento especial de la autoría del representante permite superar, mediante un criterio normativo, la escisión de los elementos del tipo legal que tienen lugar en la realidad, pues una vez que se compruebe que se han dado las condiciones de la imputación y se efectúe ésta, se habrá logrado la reunión de todos los elementos del tipo en la persona del representante y podrá ya penarse a éste como autor del delito especial.[56] Ahora bien, inmediatamente debe surgir la pregunta por los fundamentos legitimadores de tal imputación. En el artículo 11 del Código Penal para el Distrito Federal el criterio de la imputación es el de la representación. Para poder hacer responsable de un delito especial a un extraneus es absolutamente necesario que el elemento de la autoría que le falta concurra en la persona jurídica a la que representa y en cuyo nombre actúa.[57]

No obstante, el criterio de la representación parece rechazable por varios motivos. De entre ellos destacan dos: a) el primero es que la teoría de la representación no puede legitimar la extensión de la autoría de los delitos especiales a los representantes del sujeto cualificado; b) y el segundo, que obstaculiza seriamente el fin político criminal de la disposición de actuaciones en lugar de otro, especialmente, por cierto, en el ámbito que ahora nos ocupa de la criminalidad de empresa.

56 Así, Luis GRACIA MARTÍN, "La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho Penal español. Estudio específico de los problemas dogmáticos y políticos criminales que plantea el delito cometido a partir de la «actuación en lugar de otro», en *Hacia un Derecho Penal económico europeo*, *op. cit.*, pág. 97.

57 Como dice Enrique BACIGALUPO, "la representación, por tanto convierte al representante en destinatario de las normas especiales que incumben a la persona representada" con base en que estos elementos especiales de la autoría "se transmiten al representante por efecto de la representación". Citado por Luis GRACIA MARTÍN, *La responsabilidad penal del directivo*, pág. 97.

La doctrina mayoritaria parte de que los delitos con especiales elementos de la autoría tienen su fundamento en la infracción de un deber especial que, de acuerdo con la normativa extrapenal, incumbe sólo al sujeto que se encuentra en una determinada posición, como por ejemplo la de empresario. Ello explica que el tipo de la Parte Especial haya limitado la autoría a esa categoría de sujetos.

Ahora bien, es frecuente que sujetos que no se encuentran originariamente en aquella posición representen al sujeto idóneo en el cumplimiento de los deberes que le incumben. Puesto que la infracción de estos deberes constituye el fundamento de los elementos especiales de la autoría y dicha infracción es la que está sancionada con pena, se comprende que quien ha asumido la tarea de cumplimiento de los deberes de otro que están garantizados con pena se ha colocado en la misma posición del sujeto idóneo y en el caso de infringirlos habrá realizado el mismo injusto. Puesto que la conducta del representante es en estos casos semejante, equivalente —si no idéntica— a la del sujeto idóneo, de ahí se deduce un fundamento de ampliación de la autoría del delito especial al representante del sujeto idóneo. De este modo, la representación del sujeto idóneo en el cumplimiento de sus deberes debe permitir sin mayores problemas imputar al representante el elemento de la autoría del que originariamente y en la realidad carece.

Lo cual, no es lo mismo, dar cumplimiento a deberes propios que a deberes de otro.[58] Es cierto que el incumplimiento de un deber incumbe a otro se traducirá materialmente en la misma lesión jurídica que la resultante del incumplimiento del deber por el mismo obligado primario. Pero esto, por sí solo, no puede legitimar la ampliación de la autoría del delito al representante. Dado que los extraños también pueden lesionar el bien jurídico por el delito especial, la limitación de la autoría —y con ella de la tipicidad penal

58 Más en detalle Günther Jakobs, "Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos", en Santiago Mir Puig/Diego M. Luzón Peña (Coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, principalmente págs. 89-93

del hecho— a determinadas categorías de sujetos se explica por el carácter fragmentario del Derecho Penal: el legislador ha tomado en cuenta que sólo la lesión del bien jurídico que es llevada a cabo por una clase de sujetos es especialmente grave e insoportable y, por ello, merecedora y necesitada de pena. Por ello, no es ni mucho menos evidente que la lesión de un bien jurídico mediante el incumplimiento de deberes que incumben a otro tenga el mismo significado y sea igualmente insoportable —y, por ello, merecedora y necesitada de pena— que la realizada mediante el incumplimiento de deberes propios.

V. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

La sanción típica que se impone a la empresa consiste en sanciones pecuniarias, frecuentemente elevadas, impuestas por autoridades y comisiones administrativas de nueva estructura, especialmente para los sectores de control de la competencia, de la Bolsa y de otros títulos de valores, así como para los sectores de la protección del trabajo y de la industrial.

Por lo que respecta, al Derecho Penal económico, especialmente sus tipos de la parte especial, no debe tener en el futuro un mero carácter simbólico. Sin embargo, se requerirá de la creación de fiscalías y tribunales especializados, que son ya habituales en varios Estados de la Comunidad Europea, pero que faltan casi por completo en México. Sólo de este modo pueden llevarse a cabo, de un modo efectivo, los procedimientos penales en asuntos económicos. El Derecho Penal económico, en cuanto Derecho material, es también en gran medida un Derecho Penal práctico. Por ello, su aplicación debe venir facilitada por los denominados tipos penales de captación que, en caso de fracasar la difícil prueba de los elementos típicos, especialmente en el fraude, abarquen comportamientos que puedan consistir, por ejemplo, en meras actuaciones defraudatorias, en la medida en que ese tipo de actuaciones sean en si mismas suficientemente merecedoras de pena.

No se trata, por tanto, de delimitar un sector de la Parte Especial del Derecho Penal con el factor común de protección de un interés que pueda ser abarcado en único concepto, sino del estudio de un sector de la criminalidad

en el que concurren aspectos especiales que pueden justificar un tratamiento preventivo específico.[59] En el mejor de los casos, como propone Jakobs, una "voluntad común" será una conjunción de situaciones de sufrimiento y con lo cual no podrá ser hallada culpable por falta de una vinculación con una conciencia propia. De manera que, como sostiene Feijoó Sánchez, no es posible comprobar los elementos subjetivos de la responsabilidad penal en lo individual y luego imponer una sanción a la persona jurídica en el marco de un derecho punitivo del Estado de Derecho.

59 Torres López, *Teoría y práctica de los delitos fiscales*, op. cit., págs. 12 y sig., "debemos reconocer que la inclusión de figuras delictivas en ordenamientos diversos al Código Penal ha sido exagerada. El argumento que sostiene esta opinión es que, la justificación para llevar a cabo esa inclusión es que no existe un tipo penal que abarque el comportamiento y que éste sea de tal naturaleza antisocial y antinormativo, que merece ser considerado delito, es decir, no existe tipo penal al respecto en la codificación penal y la incorporación de la figura delictiva en el ordenamiento especial es la manera de criminalizar el hecho (a manera de ejemplo el delito de contrabando del artículo 102 del Código Fiscal de la Federación). Asimismo, se justifica la inclusión cuando se trata de especializar un tipo penal y de circunstanciar el tipo con alguna agravante o atenuante (a manera de ejemplo, el robo de mercancías en recinto fiscal del artículo 115 del Código Fiscal de la Federación), siempre y cuando sea razonable esa especialización y esa cualificación. En muchos ocasiones no se ha cumplido con esta justificación al incorporar figuras delictivas en los ordenamientos, lo cual no afecta la existencia y validez de los correspondientes preceptos. La ausencia o presencia de la justificación aludida, da lugar a que se hable de *sobrecriminalización*, *hipercriminalización* o *inflación incriminatoria* y de la *neocriminalización*."

Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista

Miguel Polaino Navarrete

Sumario: I. Planteamiento; II. Esencia y significado del injusto de la tentativa: el injusto intentado como desautorización de la norma; III. El injusto intentado ¿categoría independiente del injusto consumado? IV. ¿Injusto de la tentativa o tentativa de realizar un injusto? Sobre la capacidad de rendimiento del concepto de bien jurídico en la fundamentación del injusto: A) ¿Lesión de bienes jurídicos *versus* ataques a la vigencia de la norma?; B) Fundamento de la punibilidad del injusto de la tentativa: la teoría objetiva y la teoría subjetiva del fundamento penal de la tentativa; C) Sobre la compatibilidad de la lesión de la vigencia de la norma y de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos; D) ¿Perspectiva *ex ante* o *ex post* de la puesta en peligro de un bien jurídico? La correcta valoración normativa *ex tunc*. V. Significado del acto personal y concepto jurídicopenal de resultado: A) Persona *versus* individuo; B) Concepto de resultado material *versus* resultado normativo. VI. El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión propia. VII. El injusto de la tentativa en los delitos de tentativa y en los delitos de emprendimiento: A) Delitos de 'tentativa autónoma'; B) Delitos de 'emprendimiento'; VIII. Conclusiones.

I. Planteamiento

Es lugar común en la doctrina penal española y comparada realizar afirmaciones como las siguientes: 1) El injusto de la tentativa (*Versuchsunrecht*) es totalmente diferente al injusto del delito consumado (*Unrecht des vollendeten Verbrechens*). 2) Sólo algunas figuras de delito exigen un "resultado" y —en consonancia con la respectiva regulación legal— sólo en esas figuras delictivas es punible la tentativa. 3) Únicamente la consumación del delito requiere la producción de un "resultado", a diferencia de la tentativa, que no

lo exige. 4) La tentativa de delito es jurídicopenalmente relevante (es decir, punible) precisamente porque en la misma no se produce el resultado previsto en la norma.

Tales afirmaciones, que con frecuencia constituyen lugar común en una extendida —acaso dominante— doctrina penal, a nuestro juicio, son harto discutibles, por lo que merecen ser analizadas con lente crítica. En este trabajo intentaremos, en la medida de nuestras posibilidades, exponer el sentido del ineludible cuestionamiento crítico que dichas posiciones merecen, al tiempo que espigar nuestra opinión al respecto. El tema de la tentativa jurídico-penal es tan amplio en su entidad dogmática, y a la vez tan rico de matices, que plantea una infinidad de problemas que sin duda no pueden abarcarse en la presente colaboración. Por ello, es nuestro actual propósito sólo reflexionar sobre algunos aspectos concretos de la presente discusión, conforme al siguiente esquema.

En primer lugar, centraremos nuestras consideraciones iniciales en la esencia del injusto de la tentativa como desautorización de la norma penal (*Desavouierung der strafrechtlichen Norm*) (apartado II) y su relación con el delito consumado (apartado III); a continuación afrontaremos el examen de la controvertida cuestión de la lesión del bien jurídico (apartado IV) y de la producción del resultado antijurídico (apartado V), con especial referencia a los supuestos de los delitos sin resultado material, en concreto en los ejemplos de los denominados delitos de mera actividad y de los delitos de omisión pura (apartado VI), y de los delitos de tentativa y de emprendimiento (apartado VII); al final, se resumen algunas opiniones, bajo el epígrafe de conclusiones (apartado VIII).

II. ESENCIA Y SIGNIFICADO DEL INJUSTO DE LA TENTATIVA: EL INJUSTO INTENTADO COMO DESAUTORIZACIÓN DE LA NORMA

Al margen de la diversidad de explicaciones existentes, desde antiguo, en la Dogmática penal acerca de la dinámica del delito, parece incontestable que toda acción delictiva supone la infracción de una norma y que, en conse-

cuencia, la pena que se impone por la realización de tal acción constituye la reacción al quebrantamiento de una norma (*Reaktion auf einen Normbruch*).[1] Quebrantamiento o desautorización de la norma penal y reacción a ese quebrantamiento o desautorización son, pues, un binomio básico que describe la propia relación entre delito y pena.[2] En esto existe acuerdo doctrinal. A partir de ahí empiezan las discrepancias, entre quienes buscan además una explicación material, substancial, en esa infracción normativa (acudiendo, por ejemplo, al concepto de bien jurídico protegido por la norma y lesionado por la acción delictiva, como *esencia* del injusto penal,[3] de acuerdo con el

1 Por todos, Günther JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Aufl., Walter de Gruyter, Berlin - New Yok, 1991, 1/2, pág. 5 (*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, pág. 8).

2 Al respecto, Günther JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1/9, pág. 9 (*Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, págs. 12 y sigs.).

3 En este sentido, a modo de ejemplo, Edmund MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. Unveränderte Aufl., Verlag von Duncker & Humblot, Berlin und Müchen, 1949, pág. 214: "der materielle Gehalt der Rechts (liegt) im geschützten Rechtsgut" (ID., *Tratado de Derecho Penal*, traducción española y notas de José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, Band I, nueva edición revisada y puesta al día, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, pág. 422: "Para nosotros, el contenido material del Derecho yace en el *bien jurídico* protegido").

Ampliamente sobre esta problemática, Peter SINA, *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, págs. 162 y sigs. (de este trabajo existe una traducción española, publicada en la revista *Nuevo Pensamiento Penal* 1975, que no he podido consultar); Knut AMELUNG, *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, Frankfurt am Main, 1972, *passim;* Winfried HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Rechtswissenschaft, Fischer Athenäum

principio *"nullum crimen sine iniuria"*; o a conceptos más o menos asibles y/o etéreos, como los valores ético-sociales de acción,[4] etc.), y quienes resaltan el significado del delito como expresión de sentido —o mejor: como expresión de sentido comunicativamente relevante, esto es, como comunicación defectuosa en el seno de la Sociedad— configurando la pena también como expresión de sentido que confirma la validez de la norma quebrantada.[5] Sobre estos discrepantes puntos de partida, las diferencias se amplían

Taschenbücher Verlag, Frankfurt am Main, 1973; Bernd J. A. MÜSSIG, *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, págs. 229 y sigs. Publicado también como monografía en Colombia).

En España, por todos, Miguel POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en Derecho Penal*, Anales de la Universidad de Sevilla, núm. 19, Servicio de Publicaciones, Sevilla, 1974; ÍD., *El injusto típico en la teoría del delito*, Mario A. Viera Editor, Mave, Corrientes (Argentina), 2000, esp. págs. 319-675; ÍD., *Derecho Penal. Parte general*, tomo II, *Teoría jurídica del delito*, volumen I, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.

4 WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11. Aufl., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, págs. 1 y sigs. (existe traducción de Sergio YÁÑEZ PÉREZ y Juan BUSTOS RAMÍREZ, publicada en Chile, 1970); *Cfr.* Günter STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag KG, Köln — Berlin — Berlin — Bonn — München, 2000, 2/1 y sigs. (existe versión española de la 3a. edic., 1981, a cargo de Gladys Romero, publicada por el Instituto de Criminología de la Universidad Complutense y la Editorial Ederse, Madrid, 1982).

5 JAKOBS, Hans, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1/1 y sigs., págs. 5 y sigs. (*Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, págs. 8 y sigs.); ID., "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", *ZStW* Band 107, Heft 4, 1995, págs. 843 y sigs. (*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996); ÍD., "Zur

por mor de la construcción de sistemas dogmáticos propios, que presuponen la aceptación de presupuestos científicos concretos.

En todo caso, el esquema citado (quebrantamiento de la norma/reacción frente a dicho quebrantamiento) es tomado como punto de partida o —al menos, como postulado indiscutido— para la explicación del injusto penal. Dicho esquema es plenamente aplicable en primer lugar, y por antonomasia, al delito consumado, es decir, a la realización delictiva que alcanza el pleno grado de ejecución. Quizá comenzarán a surgir voces discrepantes al tratar de explicar también la tentativa con este mismo esquema, especialmente cuando de la tentativa inacabada se trata.

A nuestro juicio, también el delito en grado de tentativa, al igual que el delito consumado, supone una lesión de la norma, una desautorización de la misma, un quebrantamiento normativo; y por ello también a la tentativa le corresponde —en principio— una reacción normativa, como aseguramiento necesario de la validez de la norma. Muy brevemente: *el injusto de la tentativa y el injusto del delito consumado suponen —ambos— una desautorización de la norma y, por ello, en la medida correspondiente, requieren de una reacción también normativa.*

A nuestro parecer, tanto la tentativa cuanto la consumación son manifestaciones de sentido comunicativamente relevantes, que expresan —comunican— un sentido y tienen una relevancia social. Ésta es, igualmente, la opinión de JAKOBS, quien —desde su postura crítica de la teoría del bien jurídico— afirma: "como el delito no es primariamente la causación de lesiones de bienes, sino la lesión de la validez de la norma, así también la

Gegenwärtigen Straftheorie", en *Strafe muss sein! Muss Strafre sein? Philosophen - Juristen — Pädagogen im Gespräch,* herausgegeben von Klaus-M. KODALLE, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1998, págs. 29 y sigs. (hay versión española de este último trabajo: "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 publicado como folleto en la colección "Cuadernos de conferencias y artículos", núm 16, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998).

tentativa de delito no se debe concebir a través de la puesta en peligro de bienes, sino a través de la lesión de la norma",[6] y continúa: "el fundamento de la punición de la tentativa es exactamente el mismo de la consumación, como se evidencia también en el hecho de que numerosos delitos consumados no son materialmente sino tentativas".[7]

El entendimiento de la tentativa como defraudación de la expectativa normativa (*Enttäuschung der normativen Erwartung*) plantea, al menos, tres problemas interesantes: en primer lugar, el interrogante acerca de la autonomía conceptual de la tentativa, y su relación con el delito consumado; en segundo término, la cuestión de si la explicación del injusto intentado se agota en la propia lesión de la norma o si requiere además una incidencia lesiva sobre concretos objetos de prtección normativa, denominados bienes jurídicos; en tercer lugar, la problemática de la producción de un resultado no permitido. A estas tres cuestiones dedicamos algunas reflexiones a continuación.

III. EL INJUSTO INTENTADO ¿CATEGORÍA INDEPENDIENTE DEL INJUSTO CONSUMADO?

Es tradicional en la Dogmática penal observar el acto punible desde el grado ejecutivo máximo —perfecto— de la consumación (realización de todos los elementos típicos y consecuente producción del resultado delictivo). Desde este punto de vista, el delito no es un hecho aislado, nacido por generación espontánea, sino el lógico fruto de una *dinámica ejecutiva* de realización de

6 JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 2. Aufl., 25/15, pág. 710: "Wie aber das Verbrechen nicht primär Bewirken von Verletzungen an Gütern ist, sondern Verletzung der Normgeltung, so ist der Verbrechensversuch auch nicht primär über eine Gütergefährdung zu erfassen, sondern über die verletzte Normgeltung" (*Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, pág. 860).

7 JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 2. Aufl., 25/15, pág. 710: "der Strafgrund des Versuchs ist exakt derjenige der Vollendung, wie sich auch daran zeigt, daß zahlreiche vollendete Delikte materiell Versuche sind" (*Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, págs. 860 y sig.).

la conducta humana, que requiere la continuidad de una *sucesión ordenada* de momentos, más o menos nítidamente diferenciables entre sí y más o menos perceptibles y mensurables en el tiempo y en el espacio: como gráficamente afirmó Ferrando MANTOVANI, en el contexto de esta clásica concepción, el "delito, como todo acto humano, nace, vive y muere".[8]

De conformidad con esta idea clásica, se reconoce la *secuencialidad ejecutiva* del delito, esto es, la *realización progresiva* del injusto típico.[9] El delito, como proceso secuencial, resulta compuesto por una serie de actos, que van desde la ideación del propósito criminal hasta su completa consu-

8 MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale, Parte Generale,* 4. ediz., Cedam, Padova, 2001, pág. 443. *Cfr.* Miguel POLAINO NAVARRETE, "Comentario al Art. 15 del CP español de 1995", en Manuel COBO DEL ROSAL (Director), *Comentarios al Código Penal,* tomo I, Edersa, Madrid, 1999, págs. 721-778 (721 y sigs.).

9 En este sentido, por todos, Cirilo ÁLVAREZ MARTÍNEZ, "Comentario del Art. 3 del Código Penal español de 1848", en Tomás María DE VIZMANOS/Cirilo ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al nuevo Código Penal,* tomo I, Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848, pág. 20: "serie progresiva de actos"; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, "Comentario al Art. 3", en Juan CÓRDOBA RODA/Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal,* tomo I (Arts. 1-22), Editorial Ariel, Esplugues de Llobregat, Barcelona, 1972, págs. 61 y sigs. *Cfr.* Miguel POLAINO NAVARRETE, "Comentario al Art. 15 del CP español de 1995", *o.c.*, págs. 721 y sigs.

En la literatura alemana, por todos, Reinhart MAURACH/Karl Heinz GÖSSEL/Heinz ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* Teilband I, *Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat. Ein Lehrbuch,* 7., neubearbeitete und erweiterte Auflage, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989, pág. 1: "Die Lehre von den Stufen oder Stadien der Verwirklichung des Verbrechens untersucht den finalzeitlichen Werdegang, das Fortschreiten des deliktischen Verhaltens nach dem Maße der Willensverwirklichung beim Täter und beurteilt dessen Verhalten je nach dem erreichten Endstadium. Hierbei kann, allerdings ohne dadurch feststehende strafrechtliche Begriffe zu gewinnen, die zunehmende Verwirklichung der Tat in die folgenden Teilabschnitte zerlegt werden: Planung; Vorbereitung; Beginn; Durchführung; Vollendung; Beendigung" (*Derecho Penal, Parte general,* tomo I, *Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible,* traducción de la 7a. edición alemana por Jorge BOFILL GENZSCH y Enrique AIMONE GIBSON, supervisada por Edgardo A. DONNA, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1994).

mación (o, incluso, según algunos, hasta su terminación ulterior o agotamiento, en determinados delitos) conforme al plan delictivo del autor. Este proceso consecutivo e integral fue designado, ya por los prácticos, con la legendaria locución latina de *iter criminis*,[10] esto es, con una expresión alusiva a *"el camino"* o *"la vida"* del delito[11], el cual muestra, pues, en su fisionomía genética, dos fundamentales etapas bien diferenciadas entre sí: la fase *interna* y la fase *externa*, que respectivamente representan —al decir del Padre Jerónimo MONTES— "el alma y el cuerpo" del delito.[12]

Esta idea de la división del delito en varias etapas viene, en todo caso, de antiguo, y fue objeto de reflexión de los pensadores pioneros de la Política Criminal. Ya a mediados del siglo XIII, Alberto DE GANDINO, en su obra *Tractatus de maleficiis* (1262), distinguió varias *etapas* en la evolución del delito: a) el mero *propósito* del sujeto que piensa cometer un delito, sin hacer nada para llevarlo a cabo o perfeccionándolo: *qui cogitat nec agit, nec perficit;* b) el *acto* de imperfecta ejecución del sujeto que, queriendo cometer un delito, comienza a actuar, no produciéndose el resultado por no realización de todos los actos imprescindibles para ello: *qui cogitat, et agit, sed nec perficit;* c) la *consumación* delictiva consciente y voluntaria por el agente que quiere, hace y perfecciona un delito con su voluntario y querido ("doloso") actuar personal: *quia cogitat et agit et perficit;* d) finalmente la *ejecución* inconsciente o involuntaria correspondiente al delito imprudente, representativa del comportamiento del sujeto que, no queriendo perfeccio-

10 Evolución histórica en Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal,* tomo VII, *El delito y su exteriorización,* 2a. edic., Editorial Losada, Buenos Aires, 1977, págs. 223 y sigs.

11 Esta expresión fue empleada, por vez primera, por algunos autores prácticos franceses. *Vid.,* al respecto, Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado,* tomo VII, págs. 223 y sigs.; en España también por José María VALDÉS RUBIO, *Derecho Penal,* tomo I, 5a. edic., Madrid, 1913, págs. 195 y sigs.; José ANTÓN ONECA, *Derecho Penal,* tomo I, *Parte general,* Gráfica Administrativa, Madrid, 1949, págs. 401 y sigs.

12 *Vid.* Jerónimo MONTES, *Derecho Penal español, Parte general,* tomo I, M. Núñez Samper, Madrid, 1917, págs. 180 y sigs.

nar un delito, actúa produciendo el efecto delictivo: *qui agit et perficit, sed non cogitat.*

En esta división tradicional del concepto de delito subyace la idea de que el fenómeno de infracción de la norma penal se analiza desde el *topos* del delito consumado, esto es, desde el prisma de la realización de un injusto típico que se materializa en la vida real en la lesión o puesta en peligro de un objeto jurídico a través de la producción de un resultado (material), que genera una modificación más o menos tangible en el mundo de las cosas y, en tanto tal es perceptible por los sentidos. Sin perjuicio de que profundicemos más adelante, en este mismo trabajo, en la problemática del bien jurídico y en la cuestión del resultado, ahora sólo nos interesa señalar que el paradigma de la consumación delictiva es considerado el recto criterio o al menos el punto de vista imperante de todo análisis jurídico-penal, de modo que la consumación impregna y guía el análisis del delito. En consonancia con esta concepción, no es raro que se configure al delito, y yo mismo lo he asumido a efectos didácticos,[13] como la división secuencial de una progresión criminal (*Stufeneinteilung einer kriminellen Progression*),[14] ni ha de resultar extraño que la tentativa de delito en cuanto categoría conceptual sea deudora de la del delito consumado.

Sin embargo, el paradigma de la consumación delictiva no es menos arbitrario ni necesariamente más acertado que cualquier otro criterio de distinción, por lo que pueden hacerse algunas consideraciones críticas al respecto: **1)** La división del delito en diferentes estadios o niveles opera únicamente en el plano lógico, no en el ontológico. **2)** En consecuencia, dicha división tiene únicamente un valor didáctico, descriptivo, no constitutivo, al

13 Polaino Navarrete, Miguel, "Comentario al Art. 15 del CP español de 1995", *o.c.*, págs. 721 y sigs.

14 *Vid.* Reinhart Maurach/ Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* Teilband I, 7. Aufl., pág. 2; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil,* 5. Aufl., Dunckner & Humblot, Berlin, 1996, pág. 518 (*Tratado de Derecho Penal. Parte General,* traducción española de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2003).

igual que la tradición partición (meramente didáctica) del delito en diferentes estadios (acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad). 3) Además, es dudoso que de distinciones meramente didácticas puedan extraerse consecuencias dogmáticas. 4) Igualmente pueden adoptarse otros criterios de definición, que no analicen el fenómeno delictivo (esto es, la tentativa y el delito consumado) desde el prisma final de la consumación delictiva, sino con autonomía e independencia; estos otros criterios pueden ser (también) correctos y lógicamente coherentes.

Otro criterio empero es, precisamente, el que pretende aportar un sector —quizá minoritario, pero altamente cualificado— de la doctrina alemana[15] y también de la doctrina española.[16] Esta posición pone en duda la vinculación y la dependencia de la tentativa de delito respecto del delito consumado, sosteniendo que el *tipo de tentativa* constituye un constructo normativo independiente, autónomo (no aislado) y en cierto modo diferente del *tipo de delito consumado*, aunque relacionado con el mismo.

Significativo representante de esta postura dogmática es Eberhard SCHMIDHÄUSER, quien sostiene que "en su contenido general el *delito de tentativa es tan hecho punible como el delito consumado*",[17] es decir, que "el

15 *Vid.* Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch,* 2. neubearbeitete Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975, 15/1, 15/4 y sigs., 15/12 y sigs.; Heiner ALWART, "Zur Kritik der strafrechtlichen Stufenlehre", *GA* 1986, págs. 245 y sigs., esp. 246; ID., *Strafwürdiges Versuchen. Eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit und zur Struktur des Versuchsdelikts,* Berlin, 1982, págs. 89 y sigs.

16 *Vid.* Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General,* 5a. edic., Barcelona, 1998, 13/2, pág. 326; José Carlos GONZÁLEZ MATEOS, "Esencia del injusto penal e injusto de la tentativa", en *Actualidad Penal,* núm. 28, 9-15 Julio 2001, págs. 621-653, esp. 648 y sigs., con anotaciones y referencias bibliográficas; Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia,* Librería Bosch, Barcelona, 1986, págs. 39 y sigs.; Luis Carlos REY SANFIZ, *La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo,* Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa" núm. 13, Dykinson, Madrid, 2001, págs. 57 y sigs., 61 y sigs.

17 SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 2. Aufl., 15/6.

delito de tentativa, en su *desvalor* de injusto y culpabilidad, es tan delito como el delito consumado de consumación",[18] y en su virtud considera que en ambos "el *fundamento penal* es el mismo: yace en la voluntad lesionadora de un bien jurídico y en la conducta espiritual del autor",[19] de ahí que defienda un tratamiento independiente para ambos injustos penales. También su discípulo Heiner ALWART considera que "el delito de tentativa es otro hecho (penal) distinto del correspondiente delito de consumación".[20] En la doctrina española, MIR PUIG critica la denominación de "formas de aparición del delito", sosteniendo que la consumación, la tentativa y los actos preparatorios son tipos distintos, aunque relacionados,[21] sin perjuicio de que, por otra parte, ello justificaría que sean considerados como distintas formas de aparición delictiva, lo que denota que terminológicamente no sería tan incorrecta la expresión criticada.

Esta posición tiene el mérito de relativizar el entendimiento del delito como un todo que se descompone en partes, opinión que únicamente es válida desde el punto de vista lógico, pero que muestra graves carencias desde un plano real, ontológico, del ser (con independencia de la trascendencia normativa que, para la Dogmática jurídico—penal, tenga este plano ontológico). La explicación del delito mediante la división en estadios o fases es una explicación meramente didáctica a un fenómeno complejo, como el comportamiento incriminado como delictivo por la norma penal, que, a buen seguro, que desde ninguna perspectiva, y menos que en ninguna en la dogmática, es susceptible de ser entendido de manera tan superficial y

18 SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 2. Aufl., 15/12.

19 SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 2. Aufl., 15/12; sobre la punilidad y la estructura de la acción como desvalor véase además 8/29 y sigs.

20 ALWART, Heiner, *GA* 1986, pág. 246; ID., *Strafwürdiges Versuchen. Eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit und zur Struktur des Versuchsdelikts,* Duncker & Humblot, Berlin, 1982, págs. 89 y sigs.

21 *Vid.* Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General,* 5. Aufl., 13/2, pág. 326; *Cfr.* Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil,* 5. Aufl., Dunckner & Humblot, Berlin, 1996, pág. 515.

simplificadora. Por lo demás, y como ya dijimos antes, el análisis de estas hipotéticas fases, lo mismo puede hacerse por ejemplo desde el punto de vista del resultado que desde otros criterios menos naturalista y menos causal, *v.gr.* desde el punto de vista de la infracción de la norma.

La teoría de las etapas o estadios de la realización del delito encuentra un doble fundamento, subjetivo uno y objetivo el otro. En primer lugar, se dice que el análisis del delito con la lente de la consumación delictiva es acorde a la objetivación de la voluntad criminal del autor: el delito, en su gradual concepción, es un reflejo del plan del autor, del dolo del sujeto.[22] Éste el punto básico de partida de la concepción subjetiva del injusto, basada en el desvalor de acción (*Handlungsunwert*)[23] y desarrollada brillantemente

22 *Vid.* Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik,* Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1954, *passim*, por ejemplo pág. 75: "Das 'Tunsollen' bezieht sich nur auf Wertverwirklichungen, die subjektiv möglich sein" (hay versión española con otro título: *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna,* versión castellana de Enrique BACIGALUPO y Ernesto GARZÓN VALDÉS, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977); ÍD. "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", *Festschrift für Hans Welzel zum 70 Geburtstag am 25. März 1974,* herausgegeben von Günther STRATENWERTH/Armin KAUFMANN/Gerd GEILEN/Hans Joachim HIRSCH/Hans-Ludwig SCHREIBER/Günther JAKOBS/Fritz LOOS, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1974, págs. 393 y sigs. (también en ÍD. *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge,* Carl Heymanns Verlag KG, Köln - Berlin - Berlin - Bonn - München, 1982, págs. 151 y sigs.): "Hat der Täter alles nach seinem Tatplan Erforderliche getan, so liegt der Handlungsunwert voll und abgeschlossen vor" (pág. 403).

Una crítica minuciosamente elaborada en Günther JAKOBS, "Tätervorstellung und objektive Zurechnung", *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann,* herausgegeben von Gerhard DORNSEIFER/Eckhard HORN, Georg SCHILLIG/Wolfgang SCHÖNE/Eberhard STRUENSEE/Diethart ZIELINSKI, Carl Heymanns Verlag KG, Köln - Berlin - Berlin - Bonn - München, 1989, págs. 271 y sigs., 273 y sigs., 275 y sigs. ("Representación del autor e imptación objetiva", traducción de Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ, en JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal,* traducción al castellano y estudio preliminar: Enrique PEÑARANDA RAMOS, Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ, Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas y UAM Ediciones, Madrid, 1997, págs. 223 y sigs.)

por dogmáticos como Kaufmann,[24] Zielinski,[25] Struensee[26] o Sancinetti,[27] entre otros.[28]

---

23 *Vid.* Armin Kaufmann, "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", *FS für Welzel,* cit., pág. 402: "Die subjektive Versuchstheorie ist ... eine Theorie vom Handlungsunwert"; Ampliamente al respecto: Diethart Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß,* Duncker & Humblot, Berlin, 1973, *passim* (versión española: *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Investigaciones sobre la estructura de la fundamentación y exclusión del ilítico*, traducción a cargo de Marcelo A. Sancinetti, Depalma, Buenos Aires, 1990); también, Günther Stratenwerth, "Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht", *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht,* Bd. 79, 1963, págs. 233 y sigs., esp. 249 y sigs.; Detlef Krauss, "Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht", *ZStW,* Bd. 76, 1964, págs. 19 y sigs.; Friedrich Schaffstein, "Handlundsunwert, Erfolgsunwert und Rechfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten", *Festschrift für Hans Welzel,* 1974, págs. 557 y sigs.; Cfr. ya Hans Welzel, "Kausalität und Handlung", *ZStW,* Band 51, Heft 5, 1931, pág. 703 y sigs. (también en Id., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie,* Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1975, págs. 7 y sigs.); Id., *Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritiken,* Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1949; Ampliamente sobre la estructura de la conducta humana, Karl Heinz Gössel, *Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung unter besonderer Berücksichtigung der Struktur des menschlichen Verhaltens,* Duncker & Humblot, Berlin, 1966, págs. 34 y sigs. y *passim.*

24 Kaufmann, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik,* Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1954, *passim*; Id., "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", *FS für Welzel,* 1974, págs. 402 y sigs.

25 Zielinski, Diethart, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß,* Duncker & Humblot, Berlin, 1973.

26 Struensee, Eberhard, "Versuch und Vorsatz", *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann,* herausgegeben von Gerhard Dornseifer/Eckhard Horn/Georg Schilling/Wolfgang Schöne/Eberhard Struensee/Diethart Zielinski, Carl Heymanns Verlag KG, Köln – Berlin – Berlin – Bonn – München, 1989, págs. 523 y sigs. (traducción española de José Luis Serrano González de Murillo, *CPC*, Madrid, 1991).

En segundo término, es verdad que la teoría de las etapas o estadios de la realización del delito, que es —como decimos— doctrina tradicional y mayoritaria, encuentra también un firme fundamento en la regulación positiva contenida en el Código Penal (así, por ejemplo, el § 22 StGB y el Art. 16 del Código Penal español de 1995), que se basa en un entendimiento naturalista del delito, exigiendo en primer término la lesión o puesta en peligro de un bien y a continuación la exigencia de no producción de un resultado (ma-

27 SANCINETTI, Marcelo A., *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch. Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln – Berlin – Berlin – Bonn – München, 1995 (existe versión castellana: *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995).

28 En España, por ejemplo, Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito/1*, 2a. Edic., Civitas, Madrid, 1996; ÍD. "El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa", en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999; José Carlos GONZÁLEZ MATEOS, "Esencia de la norma penal y antijuricidad de la tentativa", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Band 18, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2000, págs. 182-223; ÍD. "Esencia del injusto penal e injusto de la tentativa", en *Actualidad Penal*, núm. 28, 9-15 Julio 2001, págs. 621-653; ÍD. "La penalidad de la tentativa", en *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, 3a. Época, núm. 61, Madrid, 2001, págs. 165-215.

Mantienen asimismo un planteamiento subjetivista, fieles a su planteamiento finalista, Luis GRACIA MARTÍN, "El 'iter criminis' en el Código Penal español de 1995", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996, págs. 259 y sigs.; ÍD., "Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código Penal español de 1995 (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de Mayo de 1996)", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2a. Época, núm. 3, UNED, Madrid, 1999, págs. 335 y sigs.; así como la reciente monografía de su discípula María Ángeles RUEDA MARTÍN, *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Prólogo de Luis GRACIA MARTÍN, J.M. Bosch (en coedición con la Universidad Externado de Colombia), Barcelona, 2001, esp. págs. 198 y sigs.

terial) para que pueda apreciarse tentativa. Este entendimiento en clave puramente naturalista es, según mi opinión, francamente insatisfactorio y, en consecuencia, criticable. Con independencia de que se sostenga que la esencia del injusto (consumado o intentado) haya de ser la lesión o puesta en peligro (cuestión ésta de la que nos ocuparemos a continuación), no puede desconocerse que el delito (consumado o intentado) es, ante todo, una infracción normativa, defraudación de una expectativa, desautorización de una norma, y por tanto un comportamiento desestabilizador de la constitución social. Y este esquema, aplicable en su justa medida tanto al injusto del delito consumado como al injusto del delito intentado, se corresponde más claramente con la concepción autónoma de la tentativa en relación a la consumación. De este modo, la tentativa no es —desde el punto de vista normativo— un concepto derivado de la consumación. En pocas palabras: la tentativa no es una construcción subordinada normativamente a la consumación. A pesar de todas las distinciones y divisiones que puedan hacerse en el plano lógico y con fines explicativos y/o didácticos, ambos conceptos (tentativa y consumación) tienen autonomía el uno respecto del otro. Por ello, puede afirmarse que es posible "hablar de una teoría de las fases de ejecución del delito, así como de un delito de tentativa 'subordinado' al delito de consumación, pero sólo en el sentido de que entre ambas fases existe, no una diferencia de calidad jurídico—penal, sino, simplemente, un incremento cuantitativo —en el sentido de grados de objetivación— del injusto, cuyo máximo se alcanza con la consumación formal del delito".[29]

IV. ¿Injusto de la tentativa o tentativa de realizar un injusto? sobre la capacidad de rendimiento del concepto de bien jurídico en la fundamentación del injusto

29 Rey Sanfiz, Luis Carlos, *La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo,* Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa", núm. 13, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 64.

A) ¿Lesión de bienes jurídicos *versus* ataques a la vigencia de la norma?

Una ulterior cuestión que queda en el aire, a partir de los fundamentos dogmáticos cuestionados, es la relativa a la "capacidad de rendimiento del concepto de bien jurídico" en la determinación del injusto de la tentativa. La Dogmática jurídico-penal de mayor arraigo tradicional se basa, precisamente, en este concepto como punto central de la fundamentación de todo el injusto. Ahora, recuperándose viejos planteamientos *hegelianos* sobre la validez de la norma y trascendiéndose la configuración *bindingniana* de la infracción de la norma, se plantea, con particular énfasis por el maestro de Bonn, la problemática de si puede seguir considerándose al bien jurídico como un criterio adecuado y fructífero para la fundamentación jurídico-penal del injusto, según sostiene —bien que desde perspectivas dogmáticas tan diversas como las tendencias de cada escuela o dirección dogmática— la doctrina de —digamos— impostación clásica o de cuño tradicional, o si, por el contrario, debe rechazarse tal concepto como improductivo y pasado de moda, como sostienen los autores funcionalistas, con JAKOBS a la cabeza.

En relación con el injusto de la tentativa escribe JAKOBS: "Se puede reservar el concepto de injusto para un suceso objetivo, por ejemplo, para una lesión de bien jurídico, y entonces, en la tentativa, consecuentemente, no castigar por un injusto de la tentativa, pues no lo hay, sino por la tentativa de realizar un injusto (¡realmente no existente!)"[30] (...) "La misma consecuencia en relación con la tentativa resulta de una consideración que parte del fin de la norma de prevenir lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos, objetos de ataque, etc., influyendo en la motivación humana, en el sen-

30 JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 2. Aufl., 6/70, pág. 165: "Man kann den Unrechtsbegriff für ein objektives Geschehen, etwa für eine Rechtsgutverletzung, reservieren und dann beim Versuch konsequent nicht wegen eines Versuchunrechts strafen, das es nicht gibt, sondern wegen des Versuchs, ein (real nicht vorhandenes!) Unrecht zu verwirklichen" (*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, pág. 201).

tido de evitar, en la medida de las respectivas posibilidades, realizar lo valorado negativamente. Los aspectos objetivo y subjetivo determinan entonces el injusto conjuntamente, pero a veces necesariamente y a veces no suficientemente. Cuando no se produce el resultado, o sea, en la tentativa, no hay nada que evitar, y el injusto de la tentativa no es, a su vez, algo real, sino sólo injusto imaginado".[31]

Y a continuación: "Ambas soluciones son factibles consecuentemente, pero carecen de un concepto para expresar la perturbación que en la tentativa no sólo está anticipada en la consciencia del autor, sino que ya está completa por lo evidente del ataque a la norma, es decir, un concepto para expresar el injusto de la tentativa. Mientras que quede claro que el injusto no se exige como base forzosa de una pena en este sistema, sino que basta el injusto imaginado, es inocua esta forma de emplear los conceptos. Dado que esta formación de conceptos parte de punto de vista (policial) de evitar resultados, en lugar de partir del punto de vista penal de pagar por una vulneración de la norma, no puede captar adecuadamente los objetos propios de la Ciencia penal".[32]

---

31 Jakobs, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 2. Aufl., 6/70, pág. 165: "Die gleiche Konsequenz für den Versuch ergibt sich bei einer Betrachtung, die dem Zweck der Norm ansetz, Verletzungen oder Gefährdungen an Rechtsgütern, Angriffsobjekten etc. zu verhüten, und zwar durch Beeinflussung der menschlichen Motivation dahin, die negativ beurteilten Folgen nach Kräften zu vermeiden. Objektive und subjektive Seite bestimmen dann zusammen, und zwar jeweils notwendig und jeweils nicht hinreichend das Unrecht. Wenn der Erfolg ausbleibt, also beim Versuch, gibt es nichts zu vermeiden und das Unrecht des Versuchs ist wiederum kein reales, sondern nur vorgestelltes Unrecht" (*Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, págs. 201 y sig.).

32 Jakobs, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 2. Aufl., 6/70, pág. 165: "Beide Lösungen sind konsequent durchführbar, haben aber keinen Begriff für die Störung, die beim Versuch nicht im Täterbewußtsein vorgesetzt, sondern wegen der Sicherbarkeit des Normangriffs schon perfekt ist, eben für das Versuchsunrecht. Solange deutlich bleibt, daß Unrecht als zwingende Basis einer Strafe in diesem System nicht gefordert wird, sondern vorgestelltes Unrecht hinreicht, bleibt diese Art der Begriffsverwendung schadlos. Da die Begriffsbildung freilich vom (polizeilichen) Aspekt der Erfolgsvermeidung ausgeht statt vom strafrechtlichen Aspekt der Abarbeitung einer

Los párrafos de JAKOBS transcritos plantean directamente varias cuestiones interesantes y enormemente controvertidas: 1) En primer lugar, la relación existente entre la infracción perfecta de la norma, que se da ya en la tentativa, y la producción del resultado típico o jurídico; 2) Asimismo, la (supuesta) contradicción entre "injusto de la tentativa" (*Versuchsunrecht*) y "tentativa de cometer un injusto" *(Versuch ein Unrecht zu verwirklichen);* 3) Por último, también un enfrentamiento entre "protección o configuración de la validez o identidad de la norma" y "protección de bienes jurídicos". Todas estas cuestiones estás relacionadas entre sí: son interdependientes e interrelacionadas, y sólo didácticamente pueden delimitarse con nitidez. Sobre la primera cuestión nos ocuparemos en el apartado siguiente. En las próximas líneas nos ocupamos de la problemática del bien jurídico *versus* infracción de la norma.

Si se concibe el Derecho Penal, como se hace desde una perspectiva normativizada,[33] como la "confirmación de la vigencia de la norma" (*Bestätigung der Normgeltung*), entonces se sostendrá la idea del bien jurídico como un concepto secundario (el bien jurídico —como esencia ontológica— puede quedar relegado)[34] o se entenderá la norma como bien jurídico-penal. Una diatriba como la presente no soluciona, sin embargo, según mi parecer, la completa problemática de manera satisfactoria. Subyace el problema de la legitimación formal y material del Derecho Penal. En primer lugar, es cierto que la aprobación de leyes penales, de acuerdo con la Constitución Política de cada Estado, posibilita sólo la legitimación formal del poder punitivo estatal.[35] Pero con ello no concluye todavía, a mi juicio, la

---

Normverletzung, kann sie strafrechtliche Gegenstände nicht adäquat erfassen" (*Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, pág. 202).

33 JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 2. Aufl., 2/1 y sigs., págs. 35 y sigs. (*Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, págs. 44 y sig.).

34 JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 2. Aufl., 2/3, pág. 35 (*Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, pág. 45).

35 JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 2. Aufl., 2/1, pág. 35 (*Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, pág. 44).

necesaria legitimación del Derecho Penal. Se requiere igualmente, y por antonomasia, en cada precepto penal, una legitimación material, que se halla íntimamente unida a los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento punitivo. La explicación de Jakobs, en el sentido de que "la legitimación material estriba en que las leyes penales son necesarias para la consecución de la configuración estatal y social", es desde luego una proclamación formal innegable, pero en verdad no contiene criterio alguno para poder alcanzar una legitimación material del sistema punitivo; en tanto que tal opinión constituye únicamente una —posible— descripción de la realidad o de la Sociedad, y —en consecuencia— sólo una pura descripción carente en absoluto de contenido material alguno. Esto ha tenido que ser reconocido también, a la postre, por el propio Jakobs: "no hay contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el contexto de regulación dado".[36] Esta opinión es esencialmente correcta, y conlleva en sí —*per se*— que la determinación de la naturaleza de los bienes jurídicos sea relativizada, pero también, en todo caso, la necesidad de una *orientación a bienes jurídicos,* al menos como referente axiológico del sistema.

B) Fundamento de la punibilidad del injusto de la tentativa: la teoría objetiva y la teoría subjetiva del fundamento penal de la tentativa

El problema del bien jurídico protegido ha sido, durante largo tiempo, relacionado con el de la punición de la tentativa. Sobre este tema existe una —punto menos que— inabarcable cifra de diferentes teorías: casi tantas como autores. Como resulta fácilmente comprensible, no podemos analizar aquí, pormenorizadamente, las diversas posiciones, sino sólo intentar un breve y rápido esbozo.[37] Como se ha puesto de relieve,[38] dos son, en esencia, los

36 Jakobs, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 2. Aufl., 2/1, pág. 35 (*Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, pág. 44).

37 Al respecto, ampliamente, Rainer Zaczyk, *Das Unrecht der versuchten Tat,* Duncker & Humblot, Berlin, 1990; Karl-Heinz Vehling, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch,* Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht 4, Peter Lang, Frankfurt

puntos de partida de la discusión en torno a la punibilidad del injusto de la tentativa, a saber: el subjetivo y el objetivo. El primero es seguido por el StGB alemán; el segundo, por el Codice penale italiano y por el Código Penal español, entre otros.[39] En todo caso, y al hilo de esta cuestión, se plantean varias cuestiones: ¿Son penalmente relevante, a efectos de punición de un injusto, los diferentes elementos o características subjetivas, de la intención, de la voluntad o del ánimo? ¿Confirmación de la vigencia de la norma *versus* protección de bienes jurídicos? ¿Desvalor de acción *versus* desvalor de resultado? O formulado de otra manera: ¿Dónde yace el injusto penal?[40] La cuestión acerca de la tentativa punible (paradigmático es el caso de la

---

am Main, 1991, págs. 52 y sigs.; Burkhard NIEPOTH, *Der untaugliche Versuch bei unechten Unterlassungsdelikt,* Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht 16, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1994, págs. 45 y sigs., 158 y sigs., 183 y sigs.; Kirsten MALITZ, *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. Zum Strafgrund des Versuchs,* Duncker & Humblot, Berlin, 1998; recientemente, Bernhard HARDTUNG, *Versuch und Rücktritt bei den Teilvorsatzdelikten des § 11 Abs. 2 StGB. Über Erfolgsqualifikationen und andere sogennante Vorsatz - Fahrlässigkrits-Kombinationen,* Carl Heymanns Verlag KG, Köln - Berlin - Berlin - Bonn - München, 2002.

38 SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, "La fallida reforma penal en España", in *Ciencias Humanas y Sociedad,* Madrid, 1993, págs. 517 y sig.; ID., *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo,* Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1963, *passim;* ÍD. "El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* tomo XIX, fasc. II, Mayo-Ag. 1966, págs. 215 y sigs.

39 Breve pero precisa exposición, en Rodrigo Fabio SUÁREZ MONTES, "La fallida reforma penal en España", *o.c.,* pág. 517 y sig.; Ángel TORÍO LÓPEZ, "Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa", en *Presupuestos para la Reforma Penal,* Centro de Estudios Criminológicos, núm. 1, Universidad de La Laguna, 1992, págs. 169 y sigs.

40 SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, "La fallida reforma penal en España", *o.c.,* pág. 517 y sig.

tentativa inidónea)[41] presenta el problema del bien jurídico protegido. A continuación haremos un breve y rápido esbozo de esta problemática, en relación a la cuestión de si la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos constituye o no *condicio sine qua non* del injusto intentado.

Las *teorías subjetivas* parten de la idea de que el injusto (también el injusto de la tentativa) es valorado por un juicio de desvalor de acción. Presupuesto que la punibilidad de la tentativa requiere de la existencia de una acción exterior (los meros pensamientos no vienen en consideración, son jurídico-penalmente irrelevantes y, en consecuencia, no pueden fundamentar la imposición de ninguna consecuencia penal: *cogitationis poenam nemo patitur*,[42] es decir, los *pensamientos no delinquen* o *"no pagan aduanas"*: *Gedanken sind zollfrei*), sostiene la teoría subjetiva extrema —en palabras de Armin KAUFMANN— que "el sentido, que en el dolo da el autor de su acto, determina por sí solo el substrato valorativo del juicio de antinormatividad. Por ello, ya la tentativa supersticiosa *constituye* un injusto":[43] "Si el autor realiza todo lo que, según su plan, es necesario, entonces existe ya, plena y completamente, el desvalor de acción".[44] Brevemente, en dos palabras: según esta teoría, existe tentativa típica y punible, con independencia de que

41 *Cfr.* Ruperto NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible,* tomo V, núm. 1, Acta Salmanticensia, Salamanca, 1963; Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia,* Librería Bosch, Barcelona, 1986, págs. 277 y sigs.; Esteban SOLA RECHE, *La llamada "tentativa inidónea" de delito. Aspectos básicos,* Editorial Comares, Granada, 1996, *passim;* Ma. Rosa MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito y delito irreal,* Tirant lo blanch, Valencia, 1999, *passim.*

42 ULPIAN 1. 18 D. 48, 19.

43 KAUFMANN, Armin, "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", *Festschrift für Hans Welzel,* pág. 403: "...der Sinn, den der Täter im Tatvorsatz seiner Tat gibt, das Wertungssubstrat des Normwidrigkeitsurteils (bestimmt allein ist). Selbst der abergläubische Versuch *ist* also Unrecht".

44 KAUFMANN, Armin, "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", *Festschrift für Hans Welzel,* pág. 403: "Hat der Täter alles nach seinem Tatplan Erforderliche getan, so liegt der Handlungsunwert voll und abgeschlossen vor".

existiera o no peligro para el bien jurídico protegido y de que la concreta acción de tentativa (idónea o inidónea) sean o no socialmente significativas o relevantes. El punto central estriba, pues, en la voluntad de la persona, no en el significado social del actuar típico. Críticamente ha escrito JAKOBS que, con una explicación subjetivizada como la presente, *"puede explicarse el pecado, pero no el injusto"*.[45]

En contraposición a la anterior teoría, sostienes las *posturas objetivas* que la acción de tentativa debe conllevar un concreto peligro para el bien jurídico. Este peligro puede ser valorado bien *ex post* bien *ex ante*.[46] La perspectiva *ex post*, que fuera sostenida por los antiguos defensores de la teoría

---

45 JAKOBS, Günther, "Tätervorstellung und objektive Zurechnung", *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, pág. 274: "Von einer Vernachlässigung der sozialen Relevanz des Unrechts könnte nämlich keine Rede sein, wenn sich der soziale Sinn stets nach dem individuellen Sinn des Täters zu richten hätte. Unrecht hätte dann auch bei Armin KAUFMANNS Ansatz eine soziale Dimension, wenn auch nur als Derivat der individuellen Gegebenheiten. Eine solche Lösung ist freilich nur in einer Gesellschaft denkbar, deren Mitglieder sich idealiter grenzenlos aufeinander einlassen; sie akzeptieren nicht nur, daß jeder ein anderes Ensemble der Ereignisse, die die Welt ausmachen, erfährt, sondern akzeptieren auch, daß es manchen nicht um die erfahrbare Welt geht, sondern etwa um Institutionen, Traum, Offenbarung. Mag so etwas auf sehr intime Kleingruppen oder auf religiöse Gemeinschaften passen — als Annahme zur Deutung des Unrechts in der gegenwärtigen Gesellschft paßt es nicht. Vergröbernd: So mag man Sünde deuten mag, aber nicht Unrecht".

Vid. acotaciones críticas al respecto e interpretación personal, en Marcelo A. SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch. Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther JAKOBS*, Carl HEYMANNS VERLAG KG, Köln - Berlin - Berlin - Bonn - München, 1995, págs. 2 y sigs., y *passim*. (*Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995, págs. 4 y sigs., *passim*).

46 Ampliamente sobre estos criterios, Jürgen WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, págs. 69 y sigs., 75 y sigs.

de la peligrosidad objetiva,[47] posibilita un tratamiento diferenciado de tentativa inidónea absoluta y relativa. Sólo la segunda puede llegar a ser jurídico-penalmente relevante. La perspectiva *ex ante* de valoración, defendida por los continuadores de la teoría objetiva del fundamento penal de la tentativa,[48] significa que la peligrosidad para el bien jurídico, analizada según los conocimientos de un tercero razonable (con los conocimientos del concreto autor, así como con los de un atento observador en el momento previo a la ejecución del acto), es vista como no improbable, es decir, que la acción pudiera idónea—hipotéticamente causar la lesión del concreto bien jurídico.

C) Sobre la compatibilidad de la lesión de la vigencia de la norma y de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos

Resumo: las dos teorías sobre el fundamento penal de la tentativa, mencionadas arriba (con sus múltiples variantes, de cuyos pormenores no nos podemos ocupar en este trabajo),[49] contienen y representan dos posiciones en-

47 Dr. Anselm Ritter v. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen herausgegeben von Dr. C.J.A. MITTERMAIER, Vierzehnte sehr vermehrte und völlig umgearbeitete Originalausgabe, Georg Friedrich Heyer's Verlag, Giessen, 1847, § 42 con anotación 3.

48 VON FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzgebung für das deutsche Reich (Kommentar)*, 18 Aufl., 1931, § 43, II, 2; VON HIPPEL, Reinhard, *Deutsches Strafrecht*, Band II, 1930, pág. 402.

49 Ampliamente al respecto Reiner ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, con interesantes observaciones personales; también, Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht 4, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1991, págs. 22 y sigs., 52 y sigs.; precisa visión general en Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Dunckner & Humblot, Berlin, 1996, págs. 512 y sigs.; Hans-Joachim HIRSCH, "Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht", en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Herausgegeben von Bernd SCHÜNEMANN/Hans ACHENBACH/Wilfried BOTTKE/Bernhard HAFFKE/Hans-Joachim RUDOLPHI, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 2001, págs. 711 y sigs.

frentadas sobre el problema de la puesta en peligro de bienes jurídicos como elemento del injusto punible. Según la *teoría subjetiva*, el peligro para el bien jurídico es, únicamente, un criterio referencial, mas no un elemento constitutivo del injusto de la tentativa; en consecuencia, se trata de un concreto peligro que reside en el dolo del autor, esto es, en su plan delictivo; brevemente: un peligro real —existente— para el bien jurídico no es necesario, sino sólo la voluntad del autor contraria a la norma, según un juicio subjetivo de desvalor de la acción (y, por ello, tanto la tentativa idónea como, también, la inidónea, e —incluso— la supersticiosa o irreal constituyen un injusto punible).[50] En contraposición a esta postura, las *teorías objetivas* sostienen que el peligro para el bien jurídico integra un elemento constitutivo del injusto de la tentativa; en su virtud, la tentativa inidónea, como la supersticiosa o irreal, no entran en consideración a efectos penales: no constituyen injusto punible.

Las doctrinas objetivas presentan, en todo caso, el interesante problema de si la observancia de ese peligro haya de ser *ex ante* o *ex post facto*. Como ya se ha mencionado, el antiguo parecer sostenía la opinión de que la acción había de ser analizada *ex post facto*; en tanto que la moderna teoría, por el contrario, defiende el análisis desde una perspectiva *ex ante*.[51]

Ambas posiciones empero propiamente son cuestionables, en los términos de sus genuinas formulaciones. En mi parecer, la teoría subjetiva pura del injusto de la tentativa debe ser, de plano, rechazada, y —por ello— también los fundamentos teóricos sobre los que se asienta. Pero una pura teoría objetiva no puede tampoco, hoy en día, ser sostenida sin reparos: ella es una

50 KAUFMANN, Armin, "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", *Festschrift für Hans Welzel*, pág. 403; Cfr. Michael KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 1997, págs. 453 y sigs.

51 Cfr. en España José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general*, tomo I, *Teoría jurídica del delito*, vol. I, 5a. edic., Tecnos, Madrid, 1996, págs. 94 y sigs., esp. 100; Luis GRACIA MARTÍN, "Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (y II)", en *Actualidad Penal*, núm. 18, Madrid 2-8 Mayo 1994, págs. 349 y sigs., esp. 351 y sigs.

emanación del —ya superado— dogma causal.[52] ¿Dónde yace entonces el contenido material del injusto punible? Según mi opinión, el injusto del delito intentado presenta un contenido complejo. Desde el punto de vista *formal,* constituye —en primer lugar— una formal *desautorización de la norma,* es decir, una lesión de la vigencia de la norma. Pero *materialmente* significa —en esencia— también una puesta en peligro de un concreto bien jurídico protegido. Estas dos perspectivas (vigencia de la norma y peligro para un bien jurídico) no son, en modo alguno —salvo ante concepciones radicales intransigentes— contradictorias entre sí, sino antes bien substancialmente complementarias. De un lado, no hay contradicción ni contraposición alguna entre la contradicción a la *confirmación de la vigencia de la norma* y la exigencia de la *puesta en peligro para el bien jurídico* contemplado en la norma, y —por ello— el injusto de la tentativa y la tentativa de realizar un injusto son en tal contexto global de la realidad normativamente relevante la misma cosa. Cuando los elementos realizados para la consecución del resultado normativo son idóneos, entonces no es que sea el injusto irreal, ideal o representado, sino normativamente real y existente. De otro lado, el injusto (intentado) no permite ser explicado sin la referencia al bien jurídico:[53] si se concibe el injusto como una mera y pura infracción (formal) de la norma, entonces no se podrá explicar correctamente la diferencia de las penas que corresponde imponer al autor de un injusto consumado y al autor de un injusto intentado.

52 Jakobs, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 2. Aufl., 25/15, pág. 710 (*Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, pág. 860).

53 *Vid.* Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* Band I, 3. Aufl., § 2/1 y sigs., 2/9 y sigs., 2/24; Cfr. Günther Jakobs, "Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person. Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils", en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001,* herausgegeben von Bernd Schünemann/Hans Achenbach/Wilfried Bottke/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi, Walter de Gruyter, Berlin - New York, págs. 793 y sigs.

D) ¿Perspectiva *ex ante* o *ex post* de la puesta en peligro de un bien jurídico? La correcta valoración normativa *ex tunc*

El concreto peligro para el bien jurídico ha de ser, a mi juicio, analizado y valorado *ex tunc*,[54] y todavía *ex nunc* no debe variarse la primera valoración realizada. La tentativa (idónea) tiene un fundamento *objetivo,* inmanente a la acción típica (por ello habla TORÍO LÓPEZ[55] de una valoración o idoneidad *de facto*). La idoneidad tiene una dimensión estática y una perspectiva social, que fundamenta una idea *objetiva* para la realización de un resultado típico (¡no material!). Esta idoneidad objetiva se completa con la representación personal —*subjetiva*— del autor: los hechos no contradicen (no deben contradecir) al sujeto. En todo caso, los diferentes elementos del injusto punible (medios, acción, autor) deben ser idóneos para la consecución del resultado (jurídico): la idoneidad es un concepto *ubicuitario*, que no es compatible con el fracaso en la ejecución. Si falta la idoneidad de un elementos, entonces devendrá la tentativa no punible, esto es, jurídico—penalmente irrelevante.

En relación al contenido de injusto, la idoneidad será valorada en el concreto momento de realización del acto. Este juicio no es ni *ex ante* ni *ex post facto,*[56] sino *ex tunc. Ex tunc* significa que la idoneidad debe existir en el *tiempo exacto* —en el preciso *momento concreto*— de la comisión del acto por el autor, y *siempre* —*hasta tanto*— que se cometa o se esté cometiendo el comportamiento lesivo de la norma. *Ex nunc* debe el acto ser igual a cómo fue el mismo observado por su autor y valorado por la norma que lo

54 Ampliamente al respecto, Miguel POLAINO NAVARRETE, "Comentario al Art. 16 del CP español de 1995", en Manuel COBO DEL ROSAL (Director), *Comentarios al Código Penal,* tomo I, Edersa, Madrid, 1999, págs. 813-863 (esp. 841 y sigs., 846 y sigs.).

55 *Vid.* Ángel TORÍO LÓPEZ, "Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa", en *Presupuestos para la Reforma Penal,* Centro de Estudios Criminológicos, núm. 1, Universidad de La Laguna, 1992, pág. 178; Michael KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 1997, pág. 459.

56 *Cfr.* Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general,* 5. Aufl., 1998, págs. 339 y sigs.

prevé y describe. *Ex post* no puede arbitrariamente variarse la idoneidad *de facto* ni la valoración *ex tunc*. Una misma y única acción no puede, en consecuencia, ser (valorada como) idónea e inidónea *al tiempo*: o es idónea (y, por tanto, punible) en su conjunto para producir el resultado típico o es inidónea (no punible), pero no las dos cosas (*ex ante* supuestamente tentativa idónea, *ex post* en cambio inexorablemente tentativa inidónea).[57] *Tertium non datur.*

V. Significado del acto personal y concepto jurídico-penal de resultado

A) Persona *versus* individuo

Con independencia de la naturaleza del concepto de persona (es decir, si este concepto existe prejurídicamente: concepto ontológico, naturalístico de persona; o si se trata de un concepto creado por el Derecho: concepto normativo, jurídico o funcionalista de persona), mayores problemas presenta dicho concepto en relación con el bien jurídico protegido. La distinción entre *persona* e *individuo* (o sea, la diferencia entre *sistema* y *ambiente,* que opera como punto de partida de todo análisis teórico—sistémico)[58] puede ser problemática desde dos diferentes puntos de vista:

En primer lugar, desde la perspectiva del *portador del bien jurídico protegido:* no sólo la "persona" es potencial portador de derechos y deberes, sino también el "individuo", por ejemplo, los niños, menores, etc., o sea, sujetos que —en principio— no participan en la comunicación social (son, por tanto, excluidos o parcialmente excluidos por el Derecho Penal);[59] pero

57 Ampliamente Miguel Polaino Navarrete, "Comentario al Art. 16 del CP español de 1995", págs. 847 y sigs.; en el mismo sentido, José Carlos González Mateos, "La penalidad de la tentativa", en *Revista del Poder Judicial,* CGPJ, 3a. época, núm. 61, Madrid, 2001, págs. 165-215 (concretamente 190).

58 Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie,* Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, pág. 35.

59 Recientemente Günther Jakobs, "Personalität und Exklusion im Strafrecht", en *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert. Festschrift für Professor Dr. Dionysios*

también son destinatarios de normas, portadores de derechos y víctimas potenciales de una comunicación defectuosa. Este "individuo" (así resulta al principio calificado) se convierte en una —parcialmente incluida (¡pero también parcialmente excluida!) "persona".

También desde del punto de vista del autor resulta la distinción entre "persona" e "individuo" problemática. La persona se define como destinataria de derechos y deberes,[60] es decir, como capaz de derecho (*rechtsfähig*): como "persona en Derecho"[61] (*Rechstperson*). "Persona real (*wirkliche Person*) es aquélla cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma". En este sentido, considera JAKOBS que deben cumplir dos condiciones: por un lado, "la conducta debe ser regulada a través de normas: ningún animal (entendido como parte del ambiente) puede ser una persona; y —además, añade JAKOBS— debe resultar adecuada a la norma: ninguna persona asesina".[62]

Spinellis, Herausgeber: Nestor COURAKIS, Abteilung für Strafrechtswissenschaften, Juristische Fakultät, Universität Athen, Ant. N. Sakkoulas Verlag, 2001, págs. 447-467. JAKOBS distingue entre personas en sentido jurídico (destinatarios de derechos y deberes: persona es quien es capaz de Derecho), personas parcialmente excluidas (quien resulta excluido de concretos derechos y deberes) y personas excluidas (quien no disfruta de ningún derecho y no puede ser portador de ningún deber): la exclusión —explica JAKOBS (pág. 447), no puede ser entendida como ausencia total, como mero no-tener (*bloßes Nicht-Haben*): "una exclusión existe sólo cuando *el derecho propio* no le permite avanzar hacia la 'persona en derecho' (*Rechtsperson*)" (p. 448); también, ÍD. "Zum Begriff des Delikts gegen die Person", en Klaus BERNSMANN/Klaus ULSENHEIMER (Hrsg.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen. Vorträge anlässlich des Symposions zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen am 12/13.10.2001*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln - Berlin - Bonn - München, 2003, apartado II: Person als Rechtsbegriff.

60 JAKOBS, Günther, "Personalität und Exklusion im Strafrecht", *o.c.*, pág. 447.

61 JAKOBS, Günther, "Personalität und Exklusion im Strafrecht", *o.c.*, pág. 447.

62 JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie,* Duncker & Humblot, Berlin, 1997 (2. Aufl., 1999), pág. 99; también, sin los ejemplos, ÍD., "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", en *Strafe muss sein! Muss Strafre sein? Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch,* herausgegeben von Klaus-M. KODALLE, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1998, pág. 32 (versión

Contrario sensu cuando faltan estas dos condiciones, entonces actúa el hombre no como persona sino como individuo (como ambiente). Si presuponemos que la conducta ha de adecuarse a la norma (¡"ninguna persona asesina"!), entonces ningún individuo puede defraudar expectativas normativas. ¿Cómo puede explicarse entonces el quebrantamiento de la norma, la antijuricidad? O formulado de otra manera: cuando "alguien" mata a alguien ¿actúa como "individuo" o como "persona"? JAKOBS responde: "La antinormatividad (antijuricidad) resulta, en esta situación, difícil de describir. No es un mero error de una persona, ya que la persona se define por su motivación a la conducta correcta. En todo caso, tampoco puede ser definida como ambiente social, como Naturaleza: la Naturaleza no delinque. Se trata mas bien de una conducta cuya determinación es —en este sentido— formalmente personal, pero en su contenido una conducta realizada en el Ambiente de la Sociedad real".[63] Resumidamente: antijuricidad significa *"personalidad formal", pero "naturaleza material"*.

Esta conclusión resulta ciertamente sugerente e interesante, aunque no plenamente plausible, sobre todo cuando se analizan los puntos de partida de esta teoría, a saber: la naturaleza (el individuo) no delinque y la conducta de la persona es ejercicio de fidelidad al Derecho.[64] La adición de estos dos

española: "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", núm 16, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998).

63 JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft, op. cit.*, pág. 99. Cita casi literal también en 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, pág. 32, donde a la frase "la Naturaleza no delinque" añade "sino que, en todo caso, produce desgracias" ("*Natur delinquiert nicht, sondern produziert allenfalls Unglück*").

64 Drásticos ejemplos en Günther JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft,* pág. 99 y sig.; ID., "Zum Begriff des Delikts gegen die Person", en prensa en *Festschrift für Gerd Geilen zum 70. Geburtstag,* aparición en 2002, "II: Person als Rechtsbegriff" (La persona como concepto jurídico).

heterogéneos elementos tiene como consecuencia que ninguno de los postulados básicos son ciertos: *formalmente* la persona se comporta de manera infiel al Derecho y *materialmente* puede el individuo lesionar la norma. Esta conclusión contradice de pleno el *tertium non datur* inicial, y —por ello— deviene la distinción "persona"/"individuo" *dogmáticamente* infructífera. Esta distinción es, según mi parecer, una posible descripción de la realidad, y pura descripción no puede, como ya quedo dicho, ni explicar el derecho a penar ni legitimar razonablemente el poder punitivo del Estado.

B) Concepto de resultado material *versus* resultado normativo

El concepto jurídico—penal de resultado es, como ya hemos afirmado, causa de no pocos malentendidos en la tradicional y en la moderna discusión científica. Se trata de un concepto ambiguo, que lleva consigo una dimensión pluridimensional. No es un concepto propiamente jurídico-penal, sino que procede de otras ramas o sectores del conocimiento científico, asumiendo diferentes y aun contradictorios significados.

No sin frecuencia suele afirmarse que sólo una clase de delitos requieren la producción de un "resultado" (los llamados "delitos de resultado"), y —de modo consecuente— se afirma la existencia de concretas categorías de delitos (*verbi gratia:* delitos de mera actividad, delitos propios de omisión, también la tentativa) que no requieren la producción de resultado alguno. Pero cabe preguntarse: ¿Es esto correcto? O formulado de otra manera: el concepto de resultado ¿es un elemento esencial del injusto penal? Son estas cuestiones que quizá no puedan ser respondidas de manera única.

Deben distinguirse, al menos, dos grandes grupos de conceptos de resultado: uno ontológico o naturalístico, y otro normativo, jurídico o funcionalista. El primero, llamado concepto de *resultado material*, se define como la modificación del mundo externo, perceptible por los sentidos (por ejemplo, la muerte de una persona, la sustracción de una cosa, etc.). No todos los delitos exigen un resultado material, pero aquellos que sí lo exigen tendrán como característica este elemento naturalístico. La segunda noción de resultado es el llamado concepto de *resultado típico*, que tradicionalmente

designa la concreta lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.[65] Este segundo elemento es *condicio sine qua non* de la existencia de todos los injustos penales.

Como ya hemos afirmado líneas atrás, el concepto jurídico-penal de resultado típico no puede definirse como pura lesión de un bien jurídico (desvalor de resultado material o naturalístico). El concepto de "desvalor de resultado", en palabras de Vehling,[66] discípulo de Jakobs, no debe emplearse, pues, en el sentido naturalístico de menoscabo determinado de un bien jurídico, sino en un sentido normativo como menoscabo de la vigencia o infracción de un "riesgo permitido". Primariamente el delito es una lesión de la norma,[67] es decir, un ataque a la libertad ajena, un ataque a la vigencia

65 En este sentido, Miguel Polaino Navarrete, *El bien jurídico en Derecho Penal,* Anales de la Universidad de Sevilla, número 19, Servicio de Publicaciones, Sevilla, 1974, pág. 318; Íd. *El injusto típico en la teoría del delito,* Mave, Corrientes (Argentina), 2000; Íd. *Derecho Penal, parte general,* tomo II, *Teoría jurídica del delito,* vol. I, Bosch, Barcelona, 2000; José Luis Díez Ripollés, *El Derecho Penal ante el sexo,* Bosch, Barcelona, 1982, pág. 43, en acertada crítica a Rodríguez Devesa; Emilio Octavio de Toledo y Ubieto/Susana Huerta Tocildo, *Derecho Penal. Parte general. Teoría jurídica del delito,* 2a. edic., corregida y aumentada, Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pág. 72 y sigs., esp. 76 y sigs.; Susana Huerta Tocildo, *Sobre el contenido de la antijuricidad,* Tecnos, Madrid, 1984, pág. 22; María Acale Sánchez, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad,* Editorial Comares, Granada, 2000, pág. 139.

66 Vehling, Karl-Heinz, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch,* Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht 4, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1991, pág. 87.

67 Jakobs, Günther, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff,* Schriften der Juristischen Studiengesellschaft, Regensburg e.V., Heft 10, C.H. Beck, München, 1992, pág. 34 (versión española: "El concepto jurídico-penal de acción", traducción de Manuel Cancio Meliá, 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, págs. 101 y sigs.). Crítico con el concepto jurídico-penal de resultado entendido como lesión de la norma, Marcelo A. Sancinetti, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch,* pág. 23 (*Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa,* 1995, págs. 22 y sigs.)

de la norma o un incremento o no neutralización del riesgo no permitido. El injusto de la tentativa compatibiliza estas dos dimensiones, *formal* y *material*, que caracterizan y describen al injusto penal en su conjunto.

En este sentido, 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*.[68] La cuantitativa diferencia del quebrantamiento social (¡que también tiene un aspecto material!) constituye el rasgo distintivo entre la tentativa y consumación delictiva. En la tentativa el injusto se constituye de uno "perfecto quebrantamiento de la norma" más una "puesta en peligro de bienes jurídicos"; en el delito consumado, como "perfecto quebrantamiento de la norma" más "lesión de un bien jurídico".

VI. EL INJUSTO DE LA TENTATIVA EN EL EJEMPLO DE LOS DELITOS DE MERA ACTIVIDAD Y DE OMISIÓN PROPIA

Dado que los delitos de mera, simple o pura actividad y los de omisión propia no exigen resultado material o naturalístico alguno, sostiene que la doctrina mayoritaria que estos tipos de delito no pueden ser realizado en el grado ejecutivo de la tentativa: ellos quedan ya consumados desde el mismo instante en que se realiza la acción típica. Esta conclusión no es, a mi juicio, correcta. Como ya se ha afirmado, no sólo los —incorrectamente denominados— "delitos de resultado" exigen un resultado penalmente relevante. Brevemente: *todos los delitos son delitos son "delitos de resultado"*, es decir, *no hay delito sin resultado (típico)*. El argumento mayoritario no es suficiente ni satisfactorio para rechazar de plano la tentativa en los delitos de mera actividad y en los delitos de omisión propia, pues la posibilidad de que apreciar ese grado comisivo existe y permanece.

68 JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 2/1 y sigs., págs. 35 y sigs.; 25/15 y sigs., págs. 710 y sigs. (*Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, págs. 44 y sig., 860 y sigs.); Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht 4, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1991, pág. 87.

En relación con los delitos de mera actividad escriben MAURACH/ GÖSSEL:[69] "Decisivo resulta el que la acción real descrita (mera actividad) sea escindible en varios actos parciales o si, para su ejecución, requiere de un "cierto lapso de tiempo". La tentativa de falso testimonio es, por ello, posible desde el "comienzo de la repetición del juramento" hasta el instante mismo en que se pronuncia la última de las palabras de la fórmula del juramento, en el cual se consuma el delito. Si el juramento, por el contrario, consiste sólo en la palabra "sí", entonces no es posible, generalmente, *de facto* la tentativa".

Según mi opinión esta conclusión no es plenamente correcta. En primer lugar, la posible partición en diferentes partes o actos no decide ni condiciona la posibilidad de la tentativa. Si alguno permite ser seccionado, valorado o mensurado, no es la acción del hombre, sino la *relevancia social* de esa acción. Por ello, también el juramento o la declaración consistente en una simple palabra —"sí"— es susceptible, según mi opinión, de ser realizada en grado de tentativa. *De facto* y *de iure*. Ejemplificativamente: por mor de un defecto de traducción durante el juicio, se malinterpreta la palabra "sí"; a causa de un error acústico o insuficiencia auditiva se entiende dicha palabra de manera incorrecta, etc.

---

69 *Vid.* Reinhart MAURACH/ Karl Heinz GÖSSEL/Heinz ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Teilband I, *Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat. Ein Lehrbuch*, 7., neubearbeitete und erweiterte Auflage, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989, § 40/84 y sig., pág. 30: "Entscheidend ist, ob die tatsächlich beschriebene Handlung (schlichte Tätigkeit) in mehrere Teilakte zerlegbar ist oder sonst zu ihrer Vornahme 'einen gewissen Zeitraum beansprucht'. Versuch des Meineids ist demnach möglich vom 'Beginn des Nachsprechens der Schwurworte' bis zu dem Zeitpunkt, zu dem das letzte Wort der Eidesformel ausgesprochen und so das Verbrechen vollendet wird. Besteht die Schwurformel dagegen z.B. nur in dem einen Wort 'ja', ist regelmäßig Versuch de facto nicht möglich"; Cfr., recientemente, en la doctrina española, Carmen REQUEJO CONDE, "Tentativa y desistimiento en los delitos de omisión", *Actualidad Penal*, núm. XXIV, Madrid, Semana del 11 al 17 de Junio de 2001, págs. 537 y sigs.

La relevancia social de la acción humana sólo puede ser analizada en un sistema funcional. La "teoría de la impresión" se mueve en un plano o nivel naturalista y desconoce los aspecto sentido-comunicativos de la acción. Sólo con un sistema dimensional, que analice y valore no los aspectos personales sino esencialmente el significado social del injusto, puede este problemática arribar a una solución plausible y acertada.

VII. EL INJUSTO DE LA TENTATIVA EN LOS DELITOS DE TENTATIVA Y EN LOS DELITOS DE EMPRENDIMIENTO

A) Delitos de 'tentativa autónoma'

Los delitos de tentativa autónomamente configurados, portadores de un elemento subjetivo trascendente del contenido objetivo abarcado por el dolo, se concretan cuando se realizan todos o parte de los *actos ejecutivos* sin la consecución del resultado típico, pero con la concurrencia de un *singular momento anímico* exigido en la figura legal. Determinan una consumación anticipada, y con ello representan un adelanto de la barrera de la protección penal, pues se estima ya la consumación delictiva en el propio grado ejecutivo imperfecto de la tentativa.

Desde la perspectiva político—criminal, sólo la conveniencia de anticipar la protección penal a un momento previo al de la consumación del comportamiento delictivo, por virtud de la singular naturaleza del bien jurídico protegido y la magnitud de las consecuencias que derivaran de su lesión objetiva, pueden con carácter excepcional determinar que se repute ya consumado el tipo con el mero intento de realización que representa el comienzo ejecutivo de la tentativa.

Como delitos de tentativa de configuración subjetiva, objeto de autónoma incriminación en el Código Penal español de 1995, pueden señalarse los siguientes: el *intento de alejar* postores en concursos y subastas públicos, con la *finalidad* implícita de que no tomen parte en los mismo (Art. 262, inciso segundo, del CP: "Los que solicitaren dádivas o promesas *para no tomar parte* en un concurso o subasta pública; los que *intentaren alejar* de

ella a los postores por medio de amenazas, dádivas promesas o cualquier otro artificio..."); el *intento de penetrar* en alguna de las sedes parlamentarias, con el *fin de presentar* (Art. 495,1 del CP): "Los que, sin alzarse públicamente, portando armas u otras instrumentos peligrosos, *intentaren penetrar* en las sedes del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de una comunidad Autónoma, *para presentar* en persona o colectivamente peticiones a los mismos..."); el *intento de hostilizar* a una nación extranjera, mediante la ejecución dolosa de la conducta básica de *levantamiento de tropas* en España, con el *fin de servicio* a una potencia extranjera (Art. 595, inciso segundo, del CP: "El que, sin autorización legalmente concedida, *levantare tropas* en España *para el servicio* de una potencia extranjera, cualquiera que sea el objeto que se proponga o la Nación a la que *intente hostilizar,* será castigado con la pena...").

B) Delitos de 'emprendimiento'

Estos supuestos delictivos se caracterizan por constituir tipos de consumación alternativa en relación con el propio *iter criminis,* estimándose alcanzado el grado perfecto de la ejecución, tanto cuando se produce consumación real, como cuando artificialmente se determina ésta por sólo haberse dado comienzo a la ejecución, o efectuado todos los actos ejecutivos sin llegar a producir el resultado propio de la consumación genuina.

> Una hipótesis de delito de *emprender* de configuración *subjetiva*, por exigir *implícitamente* la específica *motivación finalista* que es propia de los tipos de cohecho funcionarial, a cuya respectiva configuración y penalidad la norma remite, integran las modalidades típicas de soborno activo, realizado por un particular sobre una autoridad o funcionario público (Art. 423 del CP: "Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas *corrompieren* o *intentaren corromper* a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las *mismas penas* de prisión y multa que éstos").

Los delitos de *tentativa* de autónoma incriminación subjetivamente configurados reflejaban, por exigencias de la evitación de agresiones de gran

trascendencia o difícilmente reversibles a determinados bienes jurídicos, la conveniencia de la anticipación de la protección penal (*v.gr.*, se incrimina la tentativa declarar la guerra sin aguardar a que ésta se desencadene, para estimar la anticipada consumación delictiva).

En cambio, los delitos de *emprendimiento* implican sin más la equiparación de la tentativa con la consumación, revelando la más desmesurada supraestimación del desvalor de acto de la tentativa, que es igualado en ponderación penal con el desvalor de resultado propio de la consumación de un delito subjetivamente configurado que exige la presencia del dolo y de una singular característica subjetiva en el ánimo del autor. Esta equiparación implica introducir un tratamiento valorativo que es extraño al sistema general incriminininador del *iter criminis*, el cual se caracteriza por establecer diferencia punitiva entre la total ejecución con producción del resultado y la mera tentativa sin alcanzarse perfecta ejecución delictiva.

VIII. CONCLUSIONES

1) El injusto de la tentativa y el injusto de consumación son ambos ya una perfecta infracción de la norma.

2) El delito puede ser explicado como una "progresión criminal", en el que preparación, tentativa y consumación ocupan un nivel lógico diferente. Esta explicación es meramente didáctica, y —en este sentido— dogmáticamente neutral (es decir, irrelevante).

3) Tentativa y consumación son, desde el punto de vista de la norma, injusto independientes y diferenciados (es decir, no subordinados), y —en consecuencia— se encuentran en el mismo nivel o estadio de infracción de la norma.

4) El injusto (de la tentativa) no puede ser explicado sin la referencia material a los bienes jurídicos.

5) No hay contradicción alguna entre "injusto de la tentativa" y "tentativa de cometer un injusto" ni tampoco entre "confirmación o protección de

la vigencia de la norma o de identidad normativa de la Sociedad" y "protección de bienes jurídicos". Todos ellos son criterios complementarios.

6) La perspectiva de valoración de la puesta en peligro de bienes jurídicos en la tentativa no es ni *ex ante* ni *ex post,* sino *ex nunc.*

7) El concepto de resultado material es jurídico—penalmente irrelevante. Sólo el concepto normativo de resultado tiene un significado: designa la acción (de una persona) que alcanza relevancia comunicativa y de expresión de sentido.

8) La tentativa no sólo es posible en los llamados "delitos de resultado", sino también en los delitos sin resultado material (por ejemplo, delitos de mera actividad y delitos propios de omisión).

*Concepción funcionalista y de unidad sistematica de la seguridad normativa, como justificación para unificar la Legislación Penal en el Estado Mexicano**

José Nieves Luna Castro**

"El funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad".

Günther Jakobs.

Sumario. Primera Parte. I. Introducción. II. Generalidades. III. El principio de Seguridad Jurídica (unidad y certeza como presupuestos de identidad normativa). IV. Otros principios característicos de un estado democrático de derecho. V. Breve referencia a los fines del derecho. VI. La metodología para la creación y modificación de normas jurídicas. Segunda Parte. I. Condición negativa de la situación vigente en el sistema penal del Estado Mexicano. A) Marco constitucional en torno al sistema federal de competencias. B) Inconveniencia constitucional de pluralidad de codificaciones penales. II. La necesidad de unificar la legislación penal a nivel nacional como presupuesto de congruencia en la estructura básica del procedimiento penal mexicano y conformación de una identidad normativa integral. III. Resumen.

---

* Colaboración para el libro homenaje al Prof. Günther Jakobs, distinguido pensador y jurista cuyas concepciones constituyen una de las más vanguardistas y significativas aportaciones a la dogmática jurídico penal del mundo contemporáneo.

** Catedrático de Derecho Penal Especial en la Universidad Panamericana y del posgrado en la Universidad Autónoma del Estado de México, así como Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito.

PRIMERA PARTE

I. INTRODUCCIÓN

Una de las consideraciones que ha caracterizado a la teoría jurídico-penal del maestro JAKOBS, es sin duda su peculiar adaptación respecto de las tendencias o construcciones funcionales, y más allá de la coincidencia o no con los postulados o enfoques previos derivados de la teoría de los sistemas de LUHMANN y la forma de concebir la sociedad desde el punto de vista de la filosofía de carácter individualista, su estructura sistemática de imputación y su concepto mismo de persona coexisten en un andamiaje o configuración basada en la disciplina y coherencia de los sistemas en sí mismos, partiendo así de una conformación que se fundamenta y fortalece en la necesaria sistematización de una sociedad que encuentra en el Derecho Penal una función o prestación primordial de contradicción respecto de aquellas contradicciones que atentan contra la identidad normativa de la sociedad.

Partiendo de esa concepción, puede afirmarse que la identidad de la norma presupone congruencia y ese atributo respecto de un determinado conglomerado social, presupone a su vez de unidad y sistematización de la legislación punitiva como factor posibilitador para alcanzar los fines del propio Derecho Penal en beneficio de la protección de esa identidad normativa, de la Constitución y la sociedad misma.

Además, la presencia de determinados principios constitucionales como el de proporcionalidad y en especial el de certeza o seguridad jurídica, hacen posible acotar con pretendida eficacia la estructura normativa de que se trate, o dicho en otras palabras, la congruencia intrasistemática de la respectiva sociedad en función de sus propias pautas constitucionales.

En tal virtud, el presente trabajo pretende por un lado destacar la importancia de la observancia de tales postulados como presupuesto de congruencia y conformación de una identidad normativa, basándonos para ello en las consideraciones precedentes que estimamos básicas conforme a la estructura de la teoría del maestro JAKOBS, y por otra parte la aplicación de dichos postulados como argumentos de justificación del criterio unificador

de la Legislación Penal de un país como México en el que subsiste un sistema de federación pero que a final de cuentas conforma una misma nación regida por los mismos principios constitucionales rectores del sistema penal en su conjunto, de manera que la disparidad normativa basada en cuestiones de carácter político regional, incide negativamente e imposibilita la conformación congruente y sistemática de una auténtica y definida identidad normativa de la sociedad mexicana.

Es desde esa perspectiva que reconocemos la importante influencia de la teoría jurídico-penal del maestro Jakobs, y por ello, la razón de aceptar incluir este breve trabajo matizado de un análisis crítico respecto de la falta de unificación normativa del sistema penal mexicano, en un libro homenaje a tan destacado pensador y maestro, al lado de destacados juristas, sin desconocer el limitado alcance de nuestra aportación, pero motivado por la oportunidad de la realización de este merecido reconocimiento.

II. Generalidades

La historia de la evolución social sin duda reserva un lugar primordial a la búsqueda comunitaria por alcanzar mejores niveles de bienestar, de igualdad y respeto a los derechos de todos. En esa ardua lucha, el horizonte ideal como contexto indispensable para arribar a tales logros, no puede ser otro que el pretendido *"Estado de Derecho"*. Hablar de un Estado-Nación, en el que se otorguen condiciones suficientes de oportunidad de desarrollo, de igualdad frente a la ley y de eficaz aplicación del control de la constitucionalidad de los actos de cualquier autoridad, presupone un auténtico Estado Democrático de Derecho en el que nada ni nadie esté por encima de la ley, un Estado en el que predomine la cultura de legalidad; no un simple Estado de Leyes (potencialmente injustas e inmorales), sino un Estado en el que la normatividad se rija bajo un presupuesto de reconocimiento mínimo de moralidad y de respeto a la dignidad humana, las *"características distintivas básicas de todo ser humano"*,[1] como base fundamental de cualquier organización social, racional y jurídicamente aceptable.

1 Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho y Moral*, ensayos sobre un debate contemporáneo, Rodolfo Vázquez, compilador, ed. gadisa, 1a. Reimpresión, Barcelona, 2003, p. 50.

El desarrollo del propio Derecho como del pensamiento jurídico, conforme a la concepción sociológica y sistemática de Max WEBER,[2] son entendidos como parte de un proceso de racionalización.

Sin embargo, sería iluso creer que el curso hacia esa racionalidad ideal ha sido sencillo y de fácil tránsito, por el contrario, ha deambulado por rutas sinuosas en las que su impulso se caracteriza por *"marchas y contramarchas"* de rasgos significativos y preocupantes; ha sido titubeante la evolución marcada en las legislaciones punitivas contemporáneas y a lo largo de su devenir histórico, al grado de que algunas tendencias han sido calificadas como agresión a la racionalidad legislativa en materia penal.[3]

Especial atención merece el tema de la racionalidad del derecho, cuando se trata del comportamiento jurídico relativo a la toma de decisiones judiciales, las cuales regularmente surgen *"de un sistema jurídico organizado estatalmente"*, en un contexto de *"conexión sistémica con el todo de la sociedad"*.[4]

La Nación Mexicana, dada la indiscutible estructura de federación que establece la Constitución, constituye una sociedad integral *"un todo"* cuya existencia depende de la unidad, al margen de las regiones o entidades que la conforman, empero, en congruencia con los fines de un Estado de Derecho en el que la aplicación de los criterios y decisiones jurídicas evidencien ese proceso de racionalización, es menester contar precisamente, con un sistema

---

2 Cfr. WEBER, Max, *Rechtssoziologie*, edición e introducción de Johannes WINCKELMANN, 2a. ed. Neuwid-Berlín, 1967, págs. 123 y sigs.

3 Cfr. ZAFFARONI, E. Raúl, "Los Códigos Penales de Latinoamérica", en *Códigos Penales de los Países de América Latina*, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México/Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente: Programa ILANUD/COMISIÓN EUROPEA, México, 2000, págs.100-101.

4 Cfr. KRAWIETZ, Werner, "Derecho y Racionalidad en la Moderna Teoría del Derecho", en *Derecho y Filosofía*, Ernesto GARZÓN VALDÉS, compilador, ed. BEFDP, núm. 18, Fontamara, 3a. reimpresión, México 2004, pág. 156.

integral que así lo permita, sobre todo en materias tan vinculadas con la potencial afectación o reducción a los derechos humanos, como es el Derecho Penal.

Mas allá de la tradicional falta de voluntad política, no existen en realidad a nuestro parecer, verdaderos argumentos de peso para justificar la renuente posición y actitud de negación a las ideas de unificación de la codificación penal en nuestro país en la actualidad, es decir, en pleno inicio del siglo XXI y en un indiscutible contexto de universalidad en el reconocimiento de los derechos fundamentales en un mundo con tendencias notoriamente globalizantes.

No se aborda nada nuevo en lo tocante a la finalidad de una posible unificación de la legislación punitiva, pues incluso ese planteamiento ha sido histórico y con miras de lograr mayores alcances. Muestra de ello sería toda la bibliografía habida en los países de América Latina y los estímulos para la pretensión de alcanzar el llamado *"Código Penal Tipo Latinoamericano"*.[5]

5 La primer obra que muestra esas tendencias almenos con fines de ilustración y comparación, es la de Antonio A. de Medina y Ormaechea, *La Legislación Penal de los Pueblos Latinos. México ante los Congresos Internacionales Penitenciarios*, edición especial destinada a la Exposición Universal de París, México, tipografía de la Oficina del Timbre, Palacio Nacional, 1899. Cfr. también Jiménez de Asúa, Luis-Corsi Zacarés, Francisco, *Códigos Penales Iberoamericanos Según los Textos Oficiales. Estudio de Legislación Comparada*, Ed. Andrés Bello, Caracas 1946, dicho estudio de Derecho Comparado, se contiene en dos tomos y en el primero de ellos, de 418 páginas se abarcan 5 capítulos: historia, orientación de los códigos vigentes, parte general, parte especial y posibilidad y dificultad de unificar los Códigos Penales en Iberoamérica. Igualmente destaca la recopilación de Levene, Ricardo-Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Los Códigos Penales Latinoamericanos*, La Ley, S.A., editora e impresora, Buenos Aires, 1978, citado por Zaffaroni, E. Raúl, *Los Códigos Penales de Latinoamérica, op. cit.* pág. 16, nota núm. 3. De igual forma, conviene mencionar la constitución de octubre de 1963, en Santiago de Chile, de la Comisión Redactora de un Código Penal Tipo para Latinoamérica, así como la celebración de reuniones plenarias posteriores en México (1965); Lima (1967); Caracas (1969); Bogotá (1969); Sao Paulo (1971); San José (1972); Medellín (1973); Santiago (1975); San Cristóbal Venezuela (1975); Madrid (1977) y Buenos Aires (1979), destacando la aprobación

Nosotros, en cambio, nos limitamos a replantear tales ideas bajo la óptica de una nueva perspectiva, aquella que nos brinda la contemplación de la nueva realidad contemporánea que es actual en cuanto al devenir incesante del tiempo que presenta nuevos rasgos, facetas y formas convencionales de expresión pero que esencialmente refleja la permanencia e incremento de la misma problemática, es decir, la actualización de una fenomenología permanente o recurrente caracterizadora de la divergencia normativa e interpretativa, así como de la dificultad e ineficacia (a la luz de los postulados de un estado constitucional y democrático de Derecho), para la aplicación efectiva de un sistema de justicia punitiva, enmarcado en un auténtico orden normativo racional, pero además congruente con los elementales postulados de una concepción sistemática del Derecho capaz de alcanzar una definida identidad normativa de la sociedad mexicana.[6]

Son esas nuevas circunstancias, derivadas por un lado de la permanencia de una estructura en la que prevalecen diversos Códigos Penales (33),

---

de una "Parte General" de dicho Código en la reunión de 1971 en Sao Paulo (único logro alcanzado), sin mayores consecuencias, pues la parte especial no se culminó y en cuanto a la parte general sólo cabe reconocer la influencia ejercida en la elaboración posterior de algunos de los Códigos Penales en la región de Centro y Sudamérica, como en Bolivia, Colombia, Guatemala, etc., un interesante análisis de esta parte general, sus contenidos e influencias, puede encontrarse en la obra de Raúl ZAFFARONI, *Códigos Penales de Latinoamérica, op. cit.* págs. 93-97, donde se cita también mucha de la bibliografía y documentación (actas), derivadas de las reuniones plenarias respectivas. Vid. Nota núm. 195. Ibidem. pág. 132.

6 La identidad normativa presupone congruencia y unidad sistemática sobre todo si se considera que la misión de la pena es "reafirmar la vigencia de la norma" y que conforme a una teoría de la Prevención General Positiva, el contacto social se basa en expectativas de comportamiento que a su vez presupone el conocimiento de que se está ante un comportamiento regulado normativamente por una sociedad determinada. Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*, Ed. Marcial Pons, trad. de Joaquín CUELLO CONTRERAS-José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (Universidad de Extremadura) 2a ed., corregida, Madrid, 1997, págs. 9-13. También LUHMANN, *Rechtssoziologie*, t. I, pág. 43, citado por JAKOBS, Idem. nota núm. 11.

dentro de un mismo Estado-Nación, y por otra parte derivadas también de los nuevos y actuales contenidos de dichos códigos; sus reformas relativamente recientes; las tendencias marcadas en algunas de las codificaciones; las propuestas actuales derivadas de compromisos o tratados internacionales; la revisión de los textos muchas veces anquilosados y vetustos y en otras ocasiones, desfigurados por incrustaciones, reformas incompletas o adiciones injustificadas e incomprensibles, las razones que nos permiten sustentar una vez más el planteamiento de reflexión sobre la posible conveniencia (de la cual estamos nosotros convencidos), de pugnar nuevamente respecto de esa unificación de la codificación o legislación unificada, como contribución a los límites del uso arbitrario del *"ius puniendi"* del estado y fortalecimiento de un sistema de justicia en el que se cumpla de mejor manera la obligación de observancia y respeto de los derechos fundamentales de los integrantes de la sociedad mexicana, sin embargo, en el caso particular y dados los fines de reconocimiento del pensamiento jakobsiano que persigue esta obra colectiva, en esta ocasión la propuesta de unificación la basamos de manera primordial en la idea de congruencia y unidad sistemática como presupuesto para alcanzar los fines del Derecho Penal en especial, desde la perspectiva de las funciones o prestaciones sociales a las que contribuye.[7]

En este breve trabajo, por consiguiente, tratamos de retomar las posturas de quienes han visto en la unificación de la legislación penal una viable y potencial forma de contribuir al fortalecimiento del sistema de justicia y de la seguridad jurídica en México, como presupuestos de un estado Constitucional de Derecho, pero incorporando ahora lo que consideramos un argumento más para justificar tal planteamiento, como lo es la consideración sistemática y funcionalista de la identidad normativa.

Por tanto, pretendemos evidenciar algunos aspectos del Derecho Positivo Mexicano que, en nuestra opinión, en la actualidad se traducen en facto-

7 En ese sentido recuérdese que conforme al pensamiento básico del maestro Jakobs y en particular referencia a Luhmann, "*Son funciones las prestaciones que —solas o junto con otras— mantienen un sistema*". Cfr. Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*", *op. cit.* pág. 17.

res justificantes de esa potencial unificación, pero en esta ocasión, además, apoyándonos en los criterios de sistematización y funcionalidad normativa característicos de la estructura doctrinaria de la que parte el distinguido maestro JAKOBS.[8]

III. El principio de seguridad jurídica (Unidad Normativa)

Para algunos autores la *"seguridad jurídica"* se integra por un grupo de derechos fundamentales en protección esencial de la dignidad humana y respecto a *"derechos personales, patrimoniales y cívicos"*, de los particulares en sus relaciones con la autoridad. Así, en México el maestro BAZDRESCH ya señalaba que: *"incluye un conjunto bastante extenso de prevenciones constitucionales que tienden a producir en los individuos la confianza de que en sus relaciones con los órganos gubernativos, éstos no procederán arbitraria ni caprichosamente, sino de acuerdo con las reglas establecidas en la ley como normas del ejercicio de las facultades de los propios órganos (...)".*[9]

De acuerdo con esa idea, en México son varios los dispositivos constitucionales que contendrían las *"garantías de seguridad jurídica"*, concretamente los artículos 8, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.[10]

En relación con el concepto de seguridad jurídica suele acudirse al origen etimológico de la palabra *"seguridad"*, según el *Diccionario de la*

8 Una compilación bastante interesante que da muestra de diversos *Estudios de Derecho Penal* del maestro Günther JAKOBS, es la que aparece precisamente con tal denominación y como traducción de Enrique PEÑARANDA RAMOS, Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ y Manuel CANCIO MELIÁ, Ed. Civitas, S.A.-UAM ediciones, Madrid, 1997.

9 Cfr. BAZDRESCH, Luis, *Garantías Constitucionales*, Curso Introductorio, 2a. edición, Ed. Trillas, México, 1983, pág. 158.

10 En ese sentido pueden mencionarse autores como BURGOA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 34a. ed., Ed. Porrúa, México, 2002, págs. 505-665; CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 7a. ed., Ed. Porrúa, UNAM, México, 1999, págs. 485-486 y muchos otros.

Academia, y decirse que proviene del latín *"securitas-atis"*, que significa *"calidad de seguro"* o *"certeza"*, y aplicado a lo jurídico sería la *"cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación"*.[11]

Para Burgoa, por ejemplo, se define como *"la certeza que debe tener el gobernado de que su persona, sus papeles, su familia, sus posesiones o sus derechos serán respetados (...)"*.[12]

Nosotros no compartimos esa idea, en la medida de ubicar a la seguridad jurídica como criterio u opinión subjetivos del gobernado, pues implicaría entender *"la seguridad"* como mera creencia, o esperanza de los particulares, por el contrario, se trata de una obligación de las autoridades de actuación estrictamente limitada y regulada por la ley, pues sólo así se justifica el comprender la *"garantía"* o Derecho Fundamental, como Derecho Público Subjetivo reconocido constitucionalmente a favor del gobernado y precisamente por ello, exigible en cuanto a su observancia y respeto irrestricto.

Para la Suprema Corte de Justicia Mexicana, *"las garantías de seguridad jurídica"* son la base sobre la que descansa el sistema jurídico mexicano y esa relevancia, opina, sé advierte de la jurisprudencia 1ª./J.31/99, de la Primera Sala, que dice:

"ORDEN DE APREHENSIÓN, EN ELLA PUEDEN VIOLARSE GARANTÍAS TUTELADAS, EN ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES DISTINTOS AL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL. *...en virtud de que las garantías de seguridad jurídica que se encuentran consagradas en la Constitución General de la República, son la base sobre las cuales descansa el sistema jurídico mexicano, por tal motivo, éstas no pueden ser limitadas porque en su texto no se contengan expresamente los derechos fundamentales que tutelan. Por el contrario, las garantías de seguridad jurídica*

11 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, T. II, 22a. ed., Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2001, pág. 2040.

12 Burgoa, Ignacio, *op. cit.* págs. 504-505.

valen por sí mismas, ya que ante la imposibilidad material de que en un artículo se contengan todos los derechos públicos subjetivos del gobernado, lo que no se contenga en un precepto constitucional, debe de encontrarse en los demás, de tal forma, que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y por lo tanto, en estado de indefensión. De acuerdo a lo anterior, cuando se libra una orden de aprehensión, debe de cumplirse no únicamente las formalidades establecidas por el artículo 16 constitucional, párrafo segundo, sino que para su aplicabilidad debe atenderse a lo preceptuado en los demás artículos que tutelan las garantías de seguridad jurídica, con la finalidad de proteger de manera firme y eficaz a los derechos fundamentales de la persona tutelados en la carta magna". [13]

En nuestra opinión, el principio de seguridad jurídica lo podemos entender como: *"la garantía individual de los gobernados, consagrada a nivel de carácter constitucional, de donde deriva el encauzamiento de la autoridad estatal dentro de los márgenes de la constitucionalidad y legalidad, es decir, la obligación de que la autoridad se apegue en su actuación a leyes que le autoricen a actuar y sólo dentro de los límites y ante los supuestos en donde se faculte esa actuación, sobre todo en la materia penal donde prevalece además el principio de plenitud hermética y el de última intervención".*[14] Pero sobre todo, la garantía se traduce en la certeza que el gobernado debe tener del contenido y observancia de esa obligación por parte de la autoridad.

---

13 Esta jurisprudencia que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo IX, Mayo, México 1999, págs. 285-286, se menciona igualmente como reconocimiento de la propia Corte Suprema en México, respecto de la seguridad jurídica y su importancia en el sistema de justicia, destacándose igualmente cada uno de los preceptos constitucionales que se relacionan con dicha garantía. Al respecto Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las Garantías de Seguridad Jurídica*, Colección Garantías Constitucionales, núm. 2, 2a. ed., SCJN, México 2005, págs. 17-23.

14 LUNA CASTRO, José Nieves, *El Concepto del Tipo Penal*, Ed. Porrúa, 3a. ed., México, 2004, pág. 259.

En otras palabras, la garantía de seguridad jurídica implica el deber para la autoridad de actuar en riguroso acatamiento a lo establecido en la ley y la certeza para el gobernado respecto de la observancia y alcance del contexto normativo, pues sólo así se logra un nivel racional de certidumbre respecto de la integración de los supuestos previstos en la ley y las posibles consecuencias de su actualización.

En este sentido nos parece importante resaltar lo concerniente al "principio de sujeción a la ley y la validez del Derecho Penal"[15] que puntualmente trata el maestro Jakobs, en donde se atiende de manera brillante la problemática relativa y derivada del principio de legalidad y sus efectos, señalando los siguientes:

"*1) La determinación de la punibilidad tiene que llevarse a cabo mediante ley (*lex scripta*).*

*2) La ley tiene que determinar la punibilidad (*lex certa*), debiéndose entender por punibilidad el estar un hecho conminado o no con pena, y la medida de ésta; el intérprete está sujeto a la determinación (*lex stricta*).*

*3) La determinación ha de realizarse antes del hecho (*lex previa*); la exposición de esta prohibición de retroactividad tiene lugar en la relación con la validez temporal*".[16]

Así, derivado de tales premisas y en relación a la certeza de los miembros de la sociedad respecto de las expectativas de ausencia de riesgo o peligro de que el Estado atribuya consecuencias de punibilidad más allá de lo previsto en la ley y conforme al sistema normativo, Jakobs menciona la falta de discusión sobre el planteamiento de un amplio sector de la doctrina que ve la función del principio de legalidad o de sujeción a la ley en la necesidad de protección de la confianza como componente necesario del Estado de Derecho, y añade:

---

15 Cfr. Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, op. cit.* págs. 77 y ss.

16 Ibidem, pág. 88.

"La libertad de acción sólo tiene pleno valor allí donde no existe peligro de que se vinculen al comportamiento consecuencias gravosas de modo no calculable. Por eso es digna de protección la confianza del ciudadano fiel al Derecho en que su comportamiento no va a ser definido posteriormente como injusto".[17]

Ahora bien, la seguridad y certeza jurídica presuponen una relación proporcional respecto del mayor número de condiciones para propiciar la cognoscibilidad normativa y con ello la justificación de un mayor grado de confianza en la estabilidad normativa vigente y, en su caso, ante un comportamiento de no reconocimiento deliberado, la posibilidad de protección efectiva de una auténtica identidad normativa social.

En tal virtud, al lado de esas condiciones tradicionales derivadas del apotegma atribuido a FEUERBACH "*nulla poena sine lege* (*scripta, stricta, praevia, certa*)"[18] estimamos evidente la contribución de la unidad o unificación de los contenidos normativos de carácter "interlocal" (en un sistema federado como el Mexicano, por ejemplo) a fin de lograr una real identidad normativa y sistemática de la sociedad mexicana, particularmente en el ámbito penal en el que se determinan potenciales reproches bajo criterios de culpabilidad,[19] o bien, dicho en otros términos, la exigibilidad de comportamientos adecuados y no contradictorios con el contenido de las normas.

De modo que, si para el maestro JAKOBS la culpabilidad material es "*la falta de fidelidad frente a normas legítimas*",[20] entonces resulta obvio consi-

17 Ibidem, pág 81.

18 Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General fundamentos y teoría de la imputación*, *op. cit.*, pág. 79, notas núm. 2 y 3.

19 Un muy interesante estudio sobre todas las cuestiones relativas a la culpabilidad es el del maestro Günther JAKOBS, denominado *Culpabilidad en Derecho Penal dos cuestiones fundamentales*, trad. Manuel CANCIO MELIÁ y Marcelo A. SANCINETTI, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2003.

20 Cfr. Jakobs, Günther, *El Principio de Culpabilidad* (título alemán: "Das Schuldprinzip", publicado por la Rheinisch-Westfälische Akademie der

derar que esa posible fidelidad sólo puede basarse en la posibilidad de "*conocer aquello que es conforme a Derecho y aquello que es antijurídico*" tal y como refiere Jakobs en cita del Tribunal Supremo Federal,[21] de ahí que se afirme que un *defecto cognitivo* en cuanto error *es muestra de falta de competencia organizativa.*[22]

En consecuencia, puede advertirse que esa posibilidad se incrementa cuando se fortalece la seguridad y consecuente certeza jurídica como presupuestos para alcanzar una real identidad normativa reduciendo así la disparidad e incongruencia de contenidos y alcances de las normas penales (por ejemplo en cuanto a descripciones típicas y consecuencias penales), existentes en pluralidad de codificaciones que no obstante quedan sujetos a una misma regulación constitucional. La unidad normativa, por ende, implica un aporte en la labor estatal de propiciar las bases de la seguridad jurídica y justifica la legitimación de la exigibilidad que respecto a la observancia de las normas se dirige al individuo.[23]

IV. Otros principios característicos de un Estado Democrático de Derecho

La actividad legisladora del Estado, particularmente en el orden penal, no puede entenderse como ilimitada o discrecional, por muy fundamental que

---

Wissenschaften, Vorträge G319, Westdentscher Verlag, Opladen, 1993. Traducción de Manuel Cancio Meliá), en *Estudios de Derecho Penal*, *op. cit.*, pág. 393.

21 Idem, pág. 374.

22 Idem, pág. 392.

23 Un sector de la doctrina en América, prefiere hablar de responsabilidad y exigibilidad y no de culpabilidad refiriéndose al comportamiento del sujeto como respuestas o actuaciones dadas en un contexto histórico-social, del cual la sociedad misma también es responsable, sin embargo, consideramos que al margen del interés que el planteamiento merezca, en realidad es una diversa forma de referirse, en esencia, a lo que Jakobs denomina como expectativas sociales respecto del comportamiento del individuo en su rol de ciudadano. En este sentido Cfr. Bustos Ramírez, Juan, *Derecho Penal*, T. I, Parte General, Ed. ARA Editores, Lima, 2005, págs 1123 y sigs. En

sea la pretensión punitiva estatal.[24] Por el contrario, en un sistema de Estado Social y Democrático de Derecho, no puede concebirse como legítima ninguna actuación ilimitada, por lo que la actividad legisladora del Estado debe estar ineludiblemente sujeta a diversos límites basados entre otras cosas, a la idea básica de la división de poderes que es, a su vez, consubstancial a la constitucionalidad jurídica.

Esos límites suelen encontrarse en principios y criterios normativos de tres clases: a) límites jurídicos constitucionales en sentido estricto; b) límites objetivo-funcionales, y c) límites estructurales.[25]

Como se ha visto, son los principios de carácter constitucional los más importantes para los efectos de nuestro trabajo (legalidad, igualdad, humanidad, proporcionalidad o prohibición de exceso, *non bis in idem, etc.*), pero en particular el de proporcionalidad y los derivados del de legalidad, en especial el de certeza, que constituye un pilar indiscutible para la legitimación de todo ordenamiento punitivo, pero además, desde nuestra perspectiva, junto con el de unidad y congruencia sistemática, se traducen en un verdadero requisito lógico para definir la identidad normativa de la sociedad de que se trate.

El principio de legalidad encuentra diversos antecedentes históricos: muy escasos en Roma, especialmente en la época de la República; en el ámbito hispano se menciona La Magna Carta Leonesa otorgada por DON ALFONSO, Rey de León y de Galicia en 1188; La Magna Carta Inglesa otorgada por JUAN SIN TIERRA en 1215; en los albores del Estado Moderno (siglo XVIII), el principio de legalidad es reconocido por las principales constituciones y

---

cuanto a la importancia de la "*corroboración cognitiva de la norma como requisito de su realidad*", cfr. POLAINO-ORTS, Miguel, en *Derecho Penal del Enemigo, desmitificación de un concepto*, Ed. Grijley, Lima, 2006, págs. 103-106.

24 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, Ed. Porrúa, México, 2001, pág. 259.

25 Ibidem. págs. 262-292.

declaraciones de la época: Austria 1787, La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789; Las Declaraciones de Filadelfia, 1774, Virginia, 1776 y Maryland, 1794. Sin embargo, su formulación moderna se encuentra en el siglo XIX y se atribuye a la obra de Feuerbach.[26]

El aludido principio ha pasado por épocas de crisis específicamente vinculadas con el autoritarismo y la existencia de sistemas antidemocráticos, operando su resurgimiento tras la Segunda Guerra Mundial.

Dicho principio tiene un contenido dogmático y político-criminal del que derivan a su vez diversas garantías de observancia inexcusable, a saber: a) Principio de taxatividad o de prohibición de incertidumbre (*"nullum crimen, nulla poena sine lege certa"*); b) Principio de prohibición de analogía; c) Principio de prohibición de retroactividad, y d) Principio de prohibición de uso consuetudinario.

En relación con esa prohibición del "*Derecho consuetudinario*" el maestro Jakobs afirma que no cabe "*ahorrarse la sistematización remitiéndose al Derecho Consuetudinario*", y conforme a esa misma línea de pensamiento agrega:

"*Puede que una ley esté hecha a la medida de figuras jurídicas acostumbradas o de su tratamiento usual, de modo que sólo en continuidad con lo acostumbrado quepa interpretarla con sentido; pero entonces no se trata tampoco de Derecho Consuetudinario, sino que es el conjunto sistemático lo que legitima la figura jurídica o su tratamiento*".[27]

Aun y cuando se reconoce la importancia de la "*cultura de la interpretación*", entendida como: "*la seriedad del esfuerzo por excluir la arbitrariedad mediante la sujeción a sistema y por otorgar las denominaciones de elementos empleadas por la ley un significado sólo conforme a reglas sus-*

26 Ibidem. pág. 267.

27 Cfr. Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*, *op. cit.* pág. 108.

ceptibles de generalización",[28] debe partirse precisamente de la necesidad de contar con ese esfuerzo por parte no únicamente de quien crea sino también de quien aplica la ley, observando para ello requisitos básicos para una cultura de la interpretación compatible con el principio de sujeción a la ley, que presupone la objetividad, la prohibición de generalización ilimitada y el respeto a la legalidad mediante la preeminencia de taxatividad y certeza de las normas que además deben ser *scriptas,* por tanto, todo ello deviene incompatible con la idea de un derecho de carácter meramente consuetudinario o basado en la costumbre y carente de sistematización y formalización legal[29]

De lo anterior se deduce la "*Necesidad de la Formación de Sistema*"[30] y en esa medida se estima que la pluralidad de codificaciones en una misma sociedad, entendida como Estado-Nación, es causa de dispersión legislativa e interpretativa, lo que resulta no deseable e incongruente con los fines de un auténtico Estado de Derecho.

Por ende y en lo conducente a este trabajo, consideramos la pertinencia de la afirmación del profesor JAKOBS cuando sostiene: "*si no se quiere que las normas jurídico-penales sean arbitrarias, tienen que estar interconectadas y en este sentido formar un sistema (un todo no necesariamente completo, pero sin contradicciones en la parte existente)*"[31] y como lo

28 Idem. pág. 104.

29 En relación con las posibilidades de admisión excepcional de normas que se apoyen en la costumbre, el maestro JAKOBS refiere que sería admisible "*sólo en campos en los que el propio sistema remite a la costumbre, sobre todo en el riesgo permitido con legitimación histórica puede ser requisito para la legitimación del Derecho la costumbre obtenida con la convicción de ser Derecho. También las leyes en blanco pueden completarse mediante el Derecho Consuetudinario cuando la rama jurídica a la que se realiza la remisión admite regulaciones de Derecho Consuetudinario*". Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*, *op. cit.*, págs. 108-109.

30 Idem. pág. 103.

31 Ibidem.

refiere el destacado maestro, no sólo los tipos delictivos en su conjunto, *sino casi todos los componentes que los conforman se interconectan múltiples veces en el sistema como los nudos de una red.*[32]

Por su parte, el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, exige la existencia de un marco punitivo coherente y basado en una armónica articulación del total sistema de penas y medidas de seguridad en el Estado que se jacte de ser democrático de Derecho y aspire a mantener el respeto a la constitucionalidad. Este principio contiene a su vez dos aspectos principales: una proporcionalidad abstracta (prohibición de conminaciones desproporcionadas al momento de legislar) y una proporcionalidad concreta (prohibición de imposición efectiva de penas desproporcionadas por parte del juzgador).

De lo anterior, habremos de concluir en que, para alcanzar un verdadero Estado Democrático de Derecho, entre otras cosas, resulta indispensable la debida observancia por parte del Estado, de los principios constitucionales de limitación al llamado *"ius puniendi"*, destacando al lado del de seguridad jurídica o sujeción a la ley, el también citado principio de taxatividad que prohíbe la incertidumbre en la configuración de las normas vinculadas con las cuestiones penales (ya sean sustantivas o adjetivas, sobre todo cuando estas últimas tienen carácter constitucional), y el principio de proporcionalidad que exige la existencia de un estado integral y armónico del sistema de penas y medidas de seguridad en el Estado de que se trate, como parte del sistema punitivo y éste a su vez del sistema normativo integral de dicha sociedad.

V. Breve referencia a los fines del derecho

Es común leer o escuchar que los fines del derecho se concretizan en las ideas de justicia y seguridad jurídica como presupuestos del llamado bien común, el cual puede traducirse en la observancia satisfactoria de las expectativas de la sociedad y la confianza en la salvaguarda de los valores funda-

32 Ibidem.

mentales del conglomerado para lo cual el Derecho, y en particular el Derecho Penal, debe cumplir esa función o prestación protectora.[33]

Creemos acertada tal aseveración puesto que efectivamente "*la justicia y la certidumbre jurídica tienen un lugar relevante en el desarrollo de la vida social*".[34]

Desde el punto de vista de una configuración normativa de la sociedad, ésta no es el resultado de una simple mezcla o suma de individuos y de sus entornos individuales.[35] Se debe aceptar que la realidad es mucho más compleja y que ésta se constituye o estructura "*a través de normas*".[36] De acuerdo con ello habrá que pensar que las normas se erigen como criterios básicos y componentes esenciales o presupuestales de todo conglomerado social, además de que sirven "*de vehículo orientador de las relaciones entre ciudadanos, entre los integrantes de la estructura social*", se trata pues de la comprensión de un *mundo normativo (*normative Welt*)*, la norma orienta conductas y *ello significa que la composición de la estructura social exige de la positivación de unas expectativas sociales*[37] que a final de cuentas se positivizan mediante lo que se considera un *acuerdo normativo fundante.*[38]

---

33 Recordemos la cita que de LUHMANN hace el profesor JAKOBS al afirmar: "*son funciones las prestaciones que —solas o junto con otras— mantienen un sistema*". Cfr. JAKOBS, Günther, *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, *op. cit.*, pág. 17. Vid. supra nota núm. 7, pág. 8.

34 PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, *Metodología del Derecho*, Segunda edición, Ed. Porrúa, México, 1997. pág. 2.

35 POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho Penal del Enemigo. Desmitificación de un concepto*, *op. cit.*, pág. 115.

36 JAKOBS, Günther, "*Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?*", "Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional", op. cit., pág. 25.

37 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho Penal*, CPC, núm. 71, Madrid, 2000, págs. 391 y sigs., citado por POLAINO-ORTS, Miguel, *op. cit.*, págs. 115-116.

En consecuencia, no resulta admisible la existencia de sistemas jurídico-políticos en los que impere la inseguridad o incertidumbre respecto de las normas jurídicas, pues de ser así, se impide al gobernado el acceso pleno a un auténtico Estado de Derecho y Justicia.

Algunos autores[39] señalan que en ocasiones aparentemente existe contradicción entre la realización de la justicia y la seguridad jurídica, siendo frecuente la propuesta de que, ante tal conflicto, debe lucharse por la justicia.[40]

Para Luis Ponce de León, ese conflicto es sólo aparente y resulta como consecuencia *"de aplicar legislación injusta, deficiente, no adecuada al derecho como ciencia"*.[41]

Agrega el mencionado autor que cuando al aplicarse una norma jurídica general a un caso concreto, se advierte contradicción entre los valores justicia y seguridad jurídica, se está en presencia de una norma jurídica inadecuada, formalmente jurídica pero con vicios y deficiencias de origen.

En ese sentido, resulta ya tradicional la idea de equivalencia entre derecho y justicia. Así, ya Agustín de Hipona, hace varios siglos afirmaba: *"no es ley la que no es justa"*. Por tanto, de acuerdo con esa forma de pensar, no existiría obligación de acatar esa clase de mandatos, obviamente desde una perspectiva de ley natural basada en una concepción teológica de *"ley eterna"*.[42]

---

38 Ibidem.

39 Couture, Eduardo J., citado por Ponce De León Armenta, Luis, *op. cit.*, nota 1.

40 Idem., también Cfr. al respecto el interesante estudio del maestro Rafael Márquez Piñero, *Filosofía del Derecho*, Ed. Trillas, México, 1990, págs. 43 y sigs.

41 Idem.

42 Cfr. De Hipona, Agustín, *Del Libre Albedrío*, en obras de San Agustín, Biblioteca de Autores Cristianos, tomo IV, Madrid, 1947.

Por su parte, conforme a una revisión similar, Tomás DE AQUINO expone una idea de equivalencia entre ley injusta y ley corrupta o degenerada: *"una ley injusta, sería una corrupción de una ley"* (non lex sed legis corruptio).[43]

Al margen de esas concepciones estrictamente iusnaturalistas y de corte teológico, lo que si resulta indiscutible, a nuestro entender, es que la creación de las normas debe contener un *cuantum mínimo* de moralidad, basada en el criterio de *"universalidad"* y la *"exigencia de racionalidad"*, que constituyen *"filtros"* con los que *"no sólo se excluye la apelación a las propias creencias religiosas, metafísicas o ideológicas sino que, además, exige la adopción de una actitud de imparcialidad."*. [44]

Así, la fundamentación racional de la normatividad en función de los derechos humanos, presupone el reconocimiento del principio de *"dignidad humana"*, el de *"autonomía"* y el de *"inviolabilidad de la persona"*, con lo que adquiere una nueva relevancia la pretensión de legitimidad, conforme a la influencia de la moral positiva. [45]

Louis LE FUR, J.T. DELOS, Gustav RADBRUCH y A.J. CARLYLE,[46] analizando el tema no desde una mera perspectiva jurídica sino con la visión filosófica que implica, admiten a la postre, que toda discusión en torno al tema de los fines del Derecho debe partir del reconocimiento de la búsqueda de una finalidad de bien común, el que como ya dijimos, en una concepción funcionalista podría considerarse como la esencia del acuerdo fundante de la

43 DE AQUINO, Tomás, *Summe Der Theologie*, Alfred CORNER, Stuttgart, 1954, citado por Ernesto GARZÓN VALDÉS, en *Derecho y Moral*, *op. cit.* pág. 21.

44 GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *op. cit.* pág. 49.

45 Cfr. NINO, Carlos S., *La Validez del Derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985.

46 LE FUR, DELOS, RADBRUCH, CARLYLE, *Los Fines del Derecho, Bien Común, Justicia, Seguridad*, UNAM, traducción de Daniel KURI BREÑA, Tercera edición, México 1997.

identidad normativa de una sociedad, que además requiere de la posibilidad de ser real o realizable y con una *cimentación cognitiva.*[47]

Nosotros estimamos que ese bien común (constituidos por los valores reflejados en las expectativas de la sociedad y reflejadas en su identidad normativa), que debe ser el fin perseguible de la creación legislativa misma, conlleva a exigir a los creadores de la ley, la observancia cabal de los aludidos principios (seguridad y certeza jurídicas o sujeción a la ley, taxatividad, etc.) y el conocimiento, capacidad y voluntad indispensables para cumplir con esa función en miras de una auténtica necesidad de la colectividad, es decir, el legislador está obligado a fortalecer con su obra jurídica el sistema de derecho para el mejor y debido desarrollo de la comunidad, más no como una mera actividad inmediata e irresponsable que pudiera agotarse en su sola existencia material, pero sin alcanzar a comprender la verdadera problemática social a la que la norma estará dirigida y la trascendencia de las normas fundamentales para pretender alcanzar una identidad normativa en la que converjan realmente valores y significados congruentes con los fines y metas a los que se aspira (bien común).

En el caso de México, creemos que los efectos derivados de las reformas constitucionales en materia penal que en los últimos diez años se han efectuado, y las que actualmente se pretenden en el contexto de la reforma al Estado Mexicano, bien merecen reflexionar sobre la eficacia de la modificación misma de que se trate y, en su caso, sobre su posible adecuación o perfeccionamiento, incluyendo la posibilidad de modificar la estructura constitucional del sistema federal de competencias, ante el cada día mayor reclamo social por un sistema de justicia que evite la impunidad, inseguridad jurídica y la consecuente arbitrariedad y subjetivismo en la interpretación de las normas.

47 Sobre esta idea, de manera detallada, Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho Penal Parte General,* T. I, *Fundamentos Científicos del Derecho Penal*, 5a. ed. actualizada con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 195 y sigs.

VI. LA METODOLOGÍA PARA LA CREACIÓN Y MODIFICACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS

Es evidente que en el proceso de creación y modificación legal deben de tomarse en cuenta, además de la realidad social a la que se dirigen, con todas sus implicaciones, aspectos tales como los siguientes: a) Lo determinante del lenguaje legal; b) La estructuración de los artículos legales y la sistematización de su texto.[48]

Como lo refieren FRISCH PHILIPP y GONZÁLEZ QUINTANILLA,[49] la existencia de leyes en que se contengan conceptos no exactamente concretizados o de categoría unívoca, pueden calificarse como conceptos *«extrapositivos»* que permiten interpretaciones de contenidos muy distintos, incluso contrapuestos entre sí, por tanto, al no contarse con un concepto unívoco sino ambiguo sobre el que deben pronunciarse los órganos judiciales, es evidente que no podrán formarse conceptos generales aplicables a la interpretación de las normas de esa especie. *"La ambigüedad o relatividad del concepto legal dificulta el método interpretativo"*.

También pueden presentarse casos de conceptos no concretizados o plurívocos *"a causa de que el legislador omite la legislación exacta de un contenido normativo"*.

Se dice también que resulta indispensable controlar la ambigüedad de ese tipo de conceptos pues de lo contrario se afecta directamente la seguridad jurídica, al grado de que puede dudarse incluso de la constitucionalidad de la utilización de este tipo de preceptos legales que lejos de contribuir a los fines de seguridad, atentan contra ellos.

En relación con dicha problemática, nos parece de sumo interés lo afirmado por JAKOBS cuando citando a Ransiek y HASSEMER, sostiene que

---

48 FRISCH PHILIPP WALTER, y GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *Metodología Jurídica en Jurisprudencia y Legislación*, Ed. Porrúa, México, 1992, págs. 159-187.

49 Ibidem. pág. 187.

paralelamente a la función del principio de legalidad como garantía de objetividad, la determinación de los tipos delictivos de la parte especial ha de plantearse de modo que la norma en su conjunto, sólo en caso de hipótesis previas legítimas relativas al objetivo de la regulación, *conduzca a resultados sistemáticamente adecuados. La propia ley tiene que cerrar el paso al abuso para los fines de regulación ilegítimos.*[50]

Así, al referirse específicamente al tema de la determinación objetiva de la ley, el maestro de Bonn sostiene: "*además, en los tipos delictivos de la Parte Especial ha de evitarse la indeterminación innecesaria. Si una regulación relativamente imprecisa se puede determinar con mayor precisión, hay que elegir la variante más precisa*".[51]

El utilizar criterios especializados en la creación o reforma de las leyes, en este caso penales, sin duda corresponde a la necesidad de actualización de los sistemas jurídicos, pero esa tarea es sumamente delicada y el realizarla de manera deficiente puede producir efectos trascendentales en todo el ordenamiento jurídico, llegándose por ejemplo al establecimiento de conceptos y criterios contradictorios con el sistema integral de justicia.

Para la creación y modificación de las normas jurídicas, la metodología utilizada debe partir del reconocimiento de que la materia de creación o modificación es nada menos que la principal expresión del Derecho. Se admiten para este fin los métodos: histórico, comparativo, sociológico y científico, pero la deficiente comprensión y aplicación metodológica por parte de los órganos creadores de la ley, ha dado lugar, en muchos casos, a una legislación desarticulada con notorias deficiencias productoras de efectos innegablemente negativos, además, el problema fundamental de vicios de calidad de la ley se refleja en que ésta se aleja de los tradicionales valores y

50 Jakobs, Günther, *Derecho Penal, Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*, *op. cit.*, pág. 95, nota núm. 41a.

51 Idem., págs. 95-96.

"contenidos del Derecho como ciencia de la realidad donde se aplica y de la propia experiencia en el tiempo y en el espacio."[52]

SEGUNDA PARTE

I. CONDICIÓN NEGATIVA DE LA SITUACIÓN VIGENTE EN EL ESTADO MEXICANO

A) Marco constitucional en torno al sistema federal de competencias

En la primera parte de este trabajo nos hemos referido de manera general a los principios constitucionales y criterios funcionalistas de carácter normativo que conducen a la necesidad de la integración sistémica del ordenamiento punitivo, ello como presupuesto o sustento argumentativo de nuestro planteamiento en relación con la unificación de la Legislación Punitiva Mexicana, en este segundo apartado, en cambio, habremos de ocuparnos de aspectos o cuestiones concretas y propias de la situación actual del Sistema Penal Mexicano, que en nuestra opinión constituyen ejemplos justificantes para evidenciar el potencial beneficio de una unificación que contribuiría a la mejor integración del sistema punitivo y consecuente definición de la identidad normativa de la sociedad mexicana.

En los países de corte democrático y liberal, se pretende un respeto irrestricto a las garantías o derechos fundamentales del hombre, los que, en términos generales, se conciben como limitaciones al poder y actuación de la autoridad frente al particular.

Independientemente de lo que se considere como *"Ley Suprema"*, *"Constitución"*, u *"Ordenamiento Fundamental"*,[53] así como aquello que

52 PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, *op. cit.*, pág. 66.

53 TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 21a. ed., Editorial Porrúa, México, 1985, pág. 21, nota 39.

pudiese comprenderse por la palabra: *"Garantías"*,[54] el caso es que, versados o profanos en materia de Derecho, perciben indudablemente, en relación con tal concepto, una idea de beneficio y seguridad para el gobernado ante la potestad gubernativa, indispensable (dicho sea de paso) para lograr la convivencia colectiva en un verdadero régimen de Derecho; consistente en el freno legal para la posible (y en algunas ocasiones y lugares lamentablemente muy frecuente) arbitrariedad de los órganos del gobierno.

México cuenta con una Constitución Federal, y su parte dogmática contiene también (como todas las de su género) una serie de preceptos en donde, a su vez, se encierran los lineamientos necesarios para el respeto y propalación, de las mencionadas garantías o derechos fundamentales, empero, éstos no pueden enfocarse en un espacio vacío o carente de contenido estructural, sino que, por el contrario, su estudio y comprensión sólo resulta concebible dentro de un marco o entorno legal superior, como es el derivado de la existencia de un completo sistema de gobierno meticulosamente estructurado en el ordenamiento fundamental, o constitución, dotado de principios fundamentales, tales como: el sistema o forma de gobierno, la división de poderes, el sistema de división de competencias, la supremacía constitucional, etc.

En México, conforme lo establece el artículo 40 de la Constitución Política Federal: *"Es voluntad del pueblo mexicano, constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental."*

54 El concepto tradicionalmente utilizado en México de "Garantías", se emplea como sinónimo de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, aun y cuando en un contexto más técnico de Derecho Procesal Constitucional, es referente a los procedimientos para el control constitucional en defensa de esos derechos. Al respecto Cfr. Fix Zamudio, Héctor, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, núm. 12, 2a. ed. UNAM, México, 1998. págs. 26 y sigs.

De acuerdo con ello, el sistema federal (que debe tomarse como referencia para la determinación del sistema punitivo nacional) resulta un principio fundamental e imprescindible dentro del modelo actual de nuestro sistema de gobierno y composición como nación.[55]

Así, en virtud del llamado *"pacto federal"*, y sin perjuicio del principio de reserva (conforme al cual se presupone que los Estados miembros conservan su *"soberanía"* en todo aquello no otorgado de manera exclusiva a la Federación), aquellos aspectos que se eleven a la categoría de derechos rectores, derechos fundamentales o garantías, formarán parte de un contexto infranqueable por las legislaciones locales,[56] esto es, deberá por fuerza ser materia de acatamiento y respeto en todo el país, por lo que, tradicionalmente, el contenido de esa parte dogmática de nuestra Constitución constituye la base de la que parten las diversas disposiciones y ordenamientos, tanto federales como estatales, de entre los que no quedan excluidos, por supuesto, los códigos penales sustantivos y procesales.

---

55 Se ha llegado a sostener que el federalismo es presupuesto que sirve de base para la «integración democrática», ello después de analizarlo de manera comparativa, respecto de la «identidad nacional» y diversos aspectos supranacionales, realizando un estudio comparado con las legislaciones europeas, particularmente la alemana. Se afirma igualmente que en México se ha logrado comprobar que el sistema federal «fue una necesidad histórica y realmente sirvió para unir lo que se estaba desuniendo». Al respecto véase el trabajo denominado «El Estado Constitucional como Proyecto Común de la Humanidad», HANS-RUDOLF HORN, «Problemas Actuales del Derecho Constitucional». Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1994, pág. 201.

56 En este sentido Ernesto GARZÓN VALDÉS sostiene la expresión de "coto vedado", para referirse a ese límite mínimo de derechos inherentes a la persona humana como ente autónomo y digno, respecto del cual la política no debe extralimitarse ni siquiera en las estructuras democráticas, pues eso llevaría a una "tiranía de las mayorías". "Argumentación Jurídica", módulo 10, "Master Internacional en Derecho Penal, Constitución y Derechos", organizado por el IJF, y el Foro Latinoamericano para la Seguridad Urbana y la Democracia A.C. (FLASUD) bajo el auspicio académico de la Universidad de Barcelona, México 3, 4, 10, 11 de febrero de 2006.

En tal virtud, la función básica del Estado Democrático de Derecho al que se aspira, presupone la observancia de los principios constitucionales que le son inherentes, de manera que no puede aceptarse bajo el pretexto de la *"soberanía"* estatal, la imposibilidad o impedimento para que el Estado Mexicano, entendido como Estado-Nación, cumpla cabalmente con dichos principios en beneficio de los gobernados, siendo evidente que sólo de esa manera se logra un auténtico federalismo, dotando a la Federación de la estructura coherente necesaria para su existencia y fines de acuerdo a una concepción funcional y sistemática del Derecho Penal y su pretendida función protectora de esa identidad normativa integral.

Resulta sumamente discutible el determinar hasta que punto, mediante una reforma constitucional elaborada por el congreso permanente (aplicada en la parte dogmática,[57] esto es, exclusivamente en el área destinada a la presentación, establecimiento y precisión de las garantías de los individuos, a nivel federal), puede invadirse a su vez y de modo indiscriminado, la esfera *"soberana"* de las entidades federativas en aquellos aspectos no reservados exclusivamente a la Federación dentro del artículo 73 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, ya que si bien es cierto que conforme al artículo 133, primera parte, de la misma Ley Fundamental Mexicana, se establece que la propia Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que de ella emanen, y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la *«Ley Suprema de toda la Unión»*, no es admisible mal entender que cuando se menciona a *"las leyes del Congreso de la Unión que emanan de ella"*, pueda referirse a cualquier legislación creada por dicho ente, pues únicamente encuadran en dicho supuesto (como leyes emanadas de la misma Constitución, en sentido estricto), las llamadas leyes reglamentarias de preceptos constitucionales, que son aquellas de las que sí puede aceptarse un nivel superior en cuanto al principio de jerarquía o *"supremacía constitucional"*, pues de lo contrario se llegaría al absurdo de sostener que cualquier ley federal sería superior a la estatal (con la inaceptable conse-

57 Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, pág. 23

cuencia de aplicación preferente), sólo por la naturaleza del órgano que la creó, sin darnos cuenta de que la diferencia entre el orden de su aplicación, según el caso concreto, es un problema de competencia en razón del fuero (federal o común) y no de supremacía o jerarquía.[58]

Además, no debe perderse de vista que, en sentido amplio y de acuerdo a la *«pirámide de Kelsen»*,[59] no sólo las leyes del Congreso deben ema-

58 En ese sentido destacan los criterios de Mario DE LA CUEVA, Miguel VILLORO TORANJO y Jorge CARPIZO. CUEVA, Mario de la, *Apuntes del Derecho Constitucional*, México, 1965 págs. 46-48. VILLORO TORANJO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, México 1966, pág. 308. CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, Quinta edición, Ed. Porrúa, UNAM, México, 1996. págs. 110-113, notas 41, 42, 43 y 44. De acuerdo con ese criterio (que consideramos correcto), no existe supremacía del Derecho Federal (ordinario agregaríamos nosotros) sobre el local, afirmación a la que se llega después de la vinculación necesaria de los artículos 133 y 124 de la Constitución Federal, destacando de este último la expresión de que todo aquello que no esté «expresamente» otorgado a la Federación es atribución de las entidades federativas, esa expresión no fue aceptada en los Estados Unidos (artículos 6-2 de la Constitución Norteamericana), pero si en México con lo que claramente se indica que no se deseaba dar la misma interpretación. La importancia de esa observación reside en que la Federación no puede actuar más allá de su límite jurídico, "porque entonces sus actos son inválidos". Si la Legislación Federal se introduce en la competencia de las entidades federativas, esas normas son "inconstitucionales". Mario DE LA CUEVA distingue entre «leyes constitucionales» y «Derecho Federal», sostiene que las primeras son aquellas que tanto material como formalmente emanan de la Constitución, en tanto que las segundas sólo tienen un origen formal. Agrega que las leyes constitucionales forman parte de la propia Constitución, son la Constitución misma, dice, que se amplía, que se ramifica, crece, señalando como ejemplo de esa clase de leyes a la Ley de Amparo que viene a extender «la vida misma de la Carta Magna». En ese mismo sentido, Jorge CARPIZO puntualiza que, en México, el Derecho Federal y el local tienen la misma jerarquía, es decir, que «el uno no priva sobre el otro», y que, ante una aparente contradicción se debe examinar en donde radica la competencia. Agrega que no puede existir una contradicción sino sólo el problema de competencia.

59 KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1949, pág. 404. Citado por TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, *op. cit.*, pág. 11 nota 26.

nar de la Constitución, entendiéndose esto como sinónimo de respeto, concordancia, o congruencia de normas, sino todas las del país, por lo que, tal disposición, no puede ser pretexto para afirmar una *«supremacía federal»* genérica (a nuestro juicio inexistente) cuando en realidad esa jerarquía únicamente corresponde a las leyes que, además de provenir del Congreso, constituyan una reglamentación del articulado de la Constitución General de la República.

Respecto del Derecho Penal y Procesal Penal, encontramos por ejemplo, en la fracción XXI del citado artículo 73, que lo único que se mencionaba era que el Congreso de la Unión tenía la facultad: *"Para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse"*.

De tal texto podemos inferir, por un lado, que el Congreso de la Unión, está facultado para legislar sobre Derecho Penal y Procesal Penal (así debemos entenderlo), exclusivamente por cuanto se refiere a los delitos contra la Federación o también llamados de *"jurisdicción ordinaria federal"*, en tanto que, por otra parte, de ello debemos colegir, que fuera de esa materia, no puede inmiscuirse en las facultades propias de cada entidad federativa de determinar, a su vez, y de acuerdo a su realidad social y cultural, en función de sus fines comunitarios y colectivos de política criminal, las conductas antisociales consideradas como delitos *«de orden común»*, las penas respectivas y el procedimiento necesario para su investigación, acreditamiento, enjuiciamiento y sanción.[60]

Sin embargo, no puede soslayarse la reciente reforma de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que refiere:

"EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN USO DE LA FACULTAD QUE LE CONFIERE EL ARTÍCULO

60 Flores Gómez González, Fernando y Carvajal Moreno, Gustavo, *Manual del Derecho Constitucional*, Ed. Porrúa, México, 1976, pág. 178.

135 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA Y PREVIA LA APROBACIÓN DE LA MAYORÍA DE LAS HONORABLES LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS, DECLARA ADICIONADO UN PÁRRAFO TERCERO A LA FRACCIÓN XXI, DEL ARTÍCULO 73 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

ARTÍCULO ÚNICO. Se adiciona un párrafo tercero a la fracción XXI, del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 73. ...

I. a XX. ...

XXI. ...

...

En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales;

XXII. a XXX. ...". [61]

De lo anterior se advierte que se ha otorgado a los Estados la facultad de conocer también de algunos de los delitos de naturaleza federal, lo cual viene a incrementar la problemática potencial en cuanto se refiere a la disparidad de legislaciones susceptibles de aplicación tanto en materia sustantiva como procedimental.

Ahora bien, es evidente que en la formulación de ese tipo de ordenamientos, las comisiones respectivas del órgano legislativo de que se trate, podrán adherirse a los criterios y conceptos que estimen mayormente aplicables así como a las distintas teorías o tesis imperantes en el campo de la doctrina ("*de lege ferenda*"), frecuentemente reflejadas, mediante la crea-

61 *Diario Oficial de la Federación*, 28 de Noviembre de 2005.

ción de normas, en los principios rectores de la vida regulada de la comunidad. Es decir, que el legislador hecha mano para la creación de la ley de los conocimientos jurídicos establecidos en el ámbito teórico, ya sea de manera fiel, o bien, unas veces mutilando, u otras ampliando (en ocasiones para bien) las variadas posturas dogmáticas producto del resultado de la investigación y evolución científico-jurídica, pero siempre, se debe suponer, con miras a alcanzar su efectividad al aplicarse en el ámbito de la realidad social para el que dicha legislación está dirigida, lo que implica que, de manera ineludible, la problemática y realidad social de que se trate no puede dejarse de tomar en cuenta tanto para la creación como para la reforma o actualización de las normas legales.

B) Inconveniencia constitucional de pluralidad de codificaciones penales

Pasemos a ocuparnos, con mayor concreción, del problema que constituye la base de nuestra propuesta, es decir, la inconveniencia de que subsista una pluralidad de codificaciones penales en nuestro país, al considerar que se afectan, entre otros, los principios constitucionales de seguridad jurídica y proporcionalidad de las penas, fundamentales para justificar un Estado Democrático de Derecho.

Para ello, citaremos principalmente y sólo de manera ejemplificativa tres aspectos que evidencian la problemática, sin desconocer que existen muchos otros, empero invocarlos excedería en mucho los límites de esta breve reflexión, de modo que únicamente se citan, los siguientes: a) la proliferación de criterios discordantes derivados de la aplicación de reformas constitucionales de carácter procesal penal (conceptos de *"cuerpo del delito"* y *"tipo penal"*); b) la contradicción por inobservancia al principio de proporcionalidad de las penas, derivada de la pluralidad de codificaciones penales discordantes respecto de sí mismas y entre sí, lo que repercute también en materia del tratamiento de los llamados menores infractores; y c) el tratamiento diverso que se ha dado al reconocimiento de los derechos de las

víctimas del delito por parte de la legislación secundaria de las diversas entidades o fueros.

Primeramente abordaremos el análisis de los efectos, a nivel nacional, de una reforma constitucional cuando se incorpora, dentro de los preceptos que contienen garantías de procedimiento penal, un concepto que admite diversas interpretaciones como sucede según se ha visto, con el de *"tipo penal"* y el de *"cuerpo del delito"*,[62] y en un marco constitucional que permite aun una pluralidad de codificaciones punitivas, para ello, citaremos como ejemplo las derivaciones negativas de las reformas de 1994 y 1999 a la Constitución Federal, en relación al tránsito entre los conceptos de *"tipo penal" y "cuerpo del delito"*.

En efecto, las aludidas reformas representan un ejemplo importante de cómo la pluralidad de criterios respecto de contenidos de una misma expresión, se convierte en motivo de incertidumbre y repercute en afectación a la congruencia y seguridad jurídica que debiera de existir en el sistema penal mexicano. Efectos éstos que se ven amplificados ante la situación actual derivada del sistema federal de competencias en el que cada Estado de la República (y hasta el Distrito Federal), es capaz de emitir su propia codificación penal.

Sólo como ejemplo basta señalar que en relación con los aludidos conceptos de cuerpo del delito han existido y existen, por lo menos tres criterios en cuanto a su contenido, así, algunas legislaciones, como la de Yucatán y Jalisco, estiman que el cuerpo del delito sólo se compone de elementos *"objetivos, materiales o externos"*; otras legislaciones, como la federal, expresamente sostienen que la mencionada figura se integra por elementos de

62 Lo mismo se ocasiona cuando vuelve a emplear, a ese mismo nivel, el concepto de "cuerpo del delito" pero asignándole ahora un contenido igualmente sujeto a interpretación y discusión, como acontece con motivo de la más reciente modificación. En relación con el concepto de "tipo penal", resulta indispensable la lectura de la obra del maestro Rafael MÁRQUEZ PIÑERO, *El Tipo Penal, algunas consideraciones en torno al mismo*, UNAM, México, 1992.

naturaleza objetiva o material y también normativos; en tanto que un tercer grupo de codificaciones, como acontece con el Estado de México, por ejemplo, sostiene que esa misma figura *("cuerpo del delito"),* se compone además, de elementos subjetivos, es decir, abarca un contenido mucho más amplio y garantista de naturaleza objetiva, normativa y subjetiva.

Lo grave de tal situación consiste en que, de acuerdo con la Constitución Federal, hoy en día la expresión *"cuerpo del delito"* (o en su momento la de *"tipo penal")* como cualquiera otra que llegara a utilizarse con igual función, representa una garantía de carácter constitucional procesal penal,[63] la cual pretende otorgar al habitante de este país la certeza respecto de los requisitos mínimos de comprobación para justificar un acto de molestia como sería una orden de aprehensión o un auto de formal procesamiento, sin embargo, a la fecha, ese contenido no se ha podido ni se puede precisar de manera uniforme en el ámbito nacional (al que, no obstante, corresponde la Constitución Federal), precisamente a causa de la pluralidad de legislaciones y de criterios que ello propicia.

Por tanto, si resultan palpables algunos de los efectos negativos producidos por la reforma en cuestión, la sociedad mexicana no debe permanecer impasible ante la afectación de sus estructuras jurídicas, sino que, por la vía de la investigación y la reflexión jurídica, deben propiciarse los medios para corregir lo corregible y suprimir los aspectos ineficaces de la creación legislativa de referencia, o de cualquier otra que tienda a lograr un mejor sistema de impartición de justicia en México.

Es evidente, pensamos, que esos fines de justicia y seguridad jurídica, dentro de un contexto de bien común al que nos hemos referido anterior-

63 Fix Zamudio, Héctor, *Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, Segunda Edición, UNAM, México, 1998. El distinguido maestro mexicano considera que el "Derecho Constitucional Procesal" constituye una nueva disciplina derivada del Derecho Constitucional y que se ocupa del análisis de todas aquellas normas constitucionales relativas a derechos procesales elevados a rango de "garantías" o derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

mente, no podrán alcanzarse mientras en torno al concepto *"tipo penal"* o el de *"cuerpo del delito"*, por ejemplo, subsista la actual situación caótica por la diversidad conceptual y de opiniones en torno a su contenido, pero sobre todo, en razón de la pluralidad de legislaciones penales coexistentes en el país y, por ende, la diversidad de criterios discordantes.

Por otra parte, en relación a la inobservancia del principio de proporcionalidad de las penas, basta señalar como en nuestro país, resulta ser una práctica común, el pretender abatir la delincuencia con el simple incremento de las penas, perdiéndose de vista la sistemática y armonía que conforme al principio de proporcionalidad, debe existir en el sistema integral de penas y medidas de seguridad, sin embargo, se puede advertir que un delito patrimonial como el robo llega a sancionarse con penas mayores a las del homicidio o la violación, o que el delito contra la salud, o de simple portación de armas, sin posibilidad de distinción alguna en relación a las circunstancias específicas del sujeto o del hecho, se castiga con penas muy severas. Es decir, que las medidas de política-criminal tomadas en cada caso son totalmente discordantes y no guardan relación o congruencia dentro de un marco sistemático, no únicamente en relación con las personas imputables sino también respecto de los llamados menores infractores, ello no obstante que el discurso político del Gobierno Federal ha destacado el punto medular de la necesidad de coordinar y regir los criterios de seguridad pública e impartición de justicia como base de la función pública y en cumplimiento y satisfacción del reclamo social.

Por tanto, ni la Legislación Federal, ni las de los Estados o el Distrito Federal guardan una auténtica relación sistemática de proporcionalidad en cuanto a la sanción y tratamiento de los delitos que cada una de ellas contempla, y mucho menos entre sí, razón por la cual, también se atenta flagrantemente contra el citado principio de proporcionalidad, certeza y seguridad jurídica, impidiendo alcanzar un auténtico Estado de Derecho.

Luego, si no somos capaces de unificar nuestra propia Legislación Penal a nivel nacional, alcanzando así un mayor grado de identidad normativa de la sociedad mexicana respecto de aquellos factores y valores dignos de ser

protegidos penalmente como determinación de una normatividad fundante, cómo es que se pretende afrontar de manera responsable el reto y la necesidad de actualización derivados de la indiscutible tendencia globalizante que caracteriza las relaciones internacionales en el siglo XXI.

De donde surge como necesidad impostergable, la de encontrar los mecanismos para que, siguiendo con la evolución modernizadora, en la medida de lo eficaz, se instrumenten los mecanismos para lograr la uniformidad de criterios respecto del concepto tipo penal, cuerpo del delito o cualquiera otro que con la misma función sea utilizado por la Constitución Federal como garantía procesal penal, pero además, buscando que ese concepto sea congruente con la general estructura del procedimiento penal de nuestro país, logrando así, por un lado, la observancia del principio constitucional de prohibición de incertidumbre, para lo cual resulta sumamente importante el contar con una codificación penal única como presupuesto de ese desarrollo evolutivo, especialmente ante las indiscutibles y envolventes tendencias de globalización. Y, por otra parte, esa misma medida implicaría un avance sin precedente que posibilitaría también el debido respeto al diverso principio de proporcionalidad del sistema punitivo.

En ese orden de ideas, tenemos que, no es sino hasta las citadas reformas constitucionales de tres de septiembre de 1993, cuando en México, a nivel constitucional federal, y aún más, en el marco de una garantía para todos los habitantes del país, se emplea el concepto *"tipo penal"* que si bien es propio del lenguaje relativo a la dogmática jurídico-penal de la Teoría del Delito, es un vocablo plurívoco dado que a través del tiempo y de acuerdo a diversas estructuras sistemáticas y conceptuales del delito, ha recibido distinto significado así como contenido, además de considerarse dotado y capaz de ejercer distintas funciones intrasistemáticas.

Es esa pluralidad de connotaciones posibles lo que se traduce en un auténtico problema de carácter constitucional pues los argumentos sostenidos por algunos teóricos dentro de nuestro país, ponen en cuestionamiento la vigencia y verdadera naturaleza del sistema federalista de la República

Mexicana, de ahí que bien valga la pena ocuparnos en reflexionar al respecto.

Así es, ya dejamos en claro que en México prevalece un sistema o régimen federal, que como afirma el doctor CARPIZO[64] *"está incrustado como idea primordial y esencial del orden jurídico mexicano, ya que es uno de sus pilares"*.

Agrega el citado autor:

"La propia Constitución señala la base sobre la cual se levanta toda la estructura política en los Estados, la que coincide con la declaración del artículo 40 de la Ley Fundamental, que dice: "Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal.

La Constitución marca en los artículos 40 y 115 que existe, por esencia, identidad y coincidencia de decisiones fundamentales entre la Federación y las entidades federativas. O en otras palabras, no es concebible la existencia de una monarquía o la supresión del sistema representativo en un Estado miembro. Esta identidad de decisiones fundamentales es una de las características del Estado Federal Mexicano.

El artículo 41 claramente indica que en el estado federal mexicano existe una división de competencias entre los órdenes que la propia Constitución crea: la Federación y las entidades federativas. El artículo 124 precisa la idea anterior: la competencia de origen pertenece a los estados quienes delegan una serie de facultades en la federación, la que tiene atribuciones limitadas, numeradas. Todo aquello que no está expresamente señalado a la Federación, son facultades de los Estados. La Constitución indica qué puede hacer el poder federal y todo lo demás es competencia de las entidades federativas.

Según los preceptos citados, el Estado Federal Mexicano posee los siguientes principios.

---

64 CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales, op. cit.*, pág. 91.

1) *Existe una división de la soberanía entre la Federación y las entidades federativas, estas últimas son instancia decisoria suprema dentro de su competencia (artículo 40).*

2) *Entre la Federación y las entidades federativas existe coincidencia de decisiones fundamentales (artículos 40 y 115).*

3) *Las entidades federativas se dan libremente su propia Constitución en la que organizan la estructura del gobierno, pero sin contravenir el pacto federal inscrito en la Constitución General, que es la unidad del Estado Federal (artículo 41).*

4) *Existe una clara y diáfana división de competencias entre la Federación y las entidades federativas: todo aquello que no esté expresamente atribuido a la Federación es competencia de las entidades federativas (artículo 124)".*[65]

Concretamente, y en relación al problema sobre la facultad legislativa del Congreso Federal en la materia penal, Carpizo destaca la postura de Matos Escobedo[66] en el sentido de que la materia penal ordinaria es competencia de las entidades federativas, con los únicos y específicos supuestos de excepción que la propia Constitución Federal contempla en la fracción XXI del artículo 73 y en el 111, párrafo quinto, que respectivamente establecen:

"**ART. 73.** *(...)*

XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse".

"**Art. 111.** *(...)*

Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales.

65 Ibidem. págs. 88-89.

Para poder proceder penalmente por delitos federales contra los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, se seguirá el mismo procedimiento establecido en este artículo, pero en este supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las Legislaturas Locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda".

Luego, si lo anterior es así, podemos afirmar que el Legislativo Federal debe limitarse, en dicha materia, al ejercicio de las facultades expresamente previstas, sin posibilidad alguna de poder excederse bajo el pretexto de las llamadas *"facultades implícitas"*, pues éstas no tienen tal alcance.

Por consiguiente, como se ha venido manifestando, dentro de sus respectivas facultades emanadas del régimen federal prevaleciente, es obvio que cada entidad federativa puede crear su respectiva legislación penal común, asignando al concepto tipo penal (en su función garantizadora de legalidad), el significado o contenido que prefiera o estime pertinente conforme a sus criterios de funcionalidad o adecuación al modelo de política criminal que se pretenda, por tanto, hipotéticamente se puede utilizar el concepto desde una perspectiva objetivista, causalista o tradicional; finalista; lógico-matemática o, incluso apegándose a los recientes criterios de tipo total o funcionalismo bajo la teoría de la llamada imputación objetiva.

Por tanto, es de estimarse desacertado el criterio de quien afirme que los códigos de aquellas entidades de la República en donde no se haya adoptado el mismo modelo tomado por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, resultan inconstitucionales.[67]

---

66 CARPIZO, Jorge, *op. cit.* pág. 109, cita 26 MATOS ESCOBEDO, Rafael, *Límites de las Facultades Federales para Legislación en Materia Penal*, Criminalia, México, año XI, núm. 4, 1945, pág. 194.

67 En este sentido, Marco Antonio DEL TORO CAROZO, expresó una interesante postura como ponente en el *Semanario del Derecho Penal y Procesal Penal*, Universidad Panamericana, Guadalajara, Jalisco, septiembre de 1996. Cfr. también la opinión que

Es en ese contexto, como debe examinarse la aludida aplicación del concepto tipo penal, el sistema federal de competencias entre Federación y Estados y la existencia de las bases constitucionales del procedimiento penal en nuestro país.

De lo anterior resulta la afirmación de que, antes de la reforma de 1993 a los artículos 16 y 19 de nuestra Constitución Federal, se empleaba un vocablo *("cuerpo del delito")* como garantía de carácter procesal penal consagrada en los mencionados preceptos 16 y 19 de la Constitución Mexicana, en tanto que, como es de entenderse, al operar la sustitución de un concepto con una connotación posible, mucho más reducida, por otro de capacidad de contenido mucho mayor, es obvio que en la medida en que se discuta ese contenido, esto es, en tanto ese contenido pueda ser diverso dependiendo del sistema dogmático-jurídico con que se le relacione, la unificación de criterios al respecto por parte de los sujetos implicados en las tareas de aplicación del Derecho y de los gobernados en cuanto a la comprensión de la garantía procesal penal, será algo más difícil de lograr, lo que a su vez repercute también en los niveles de eficiencia con que el actual sistema punitivo cumple con la seguridad jurídica que debe prevalecer de acuerdo incluso con el propio discurso político estatal, justificante de la reforma constitucional misma.

La hipótesis sostenida es en el sentido de que la aplicación del *concepto "tipo penal"* y posteriormente el retorno al vocablo de *"cuerpo del delito"*, dio lugar a graves confusiones (independientemente de sus orígenes o las causas en que éstas se sustenten), así como al surgimiento de interpretaciones distintas, al pretender definir el alcance y contenido del concepto,

---

en tal sentido vierte Estuardo Mario Bermúdez Molina, *Del Cuerpo del Delito a los Elementos del Tipo*, PGR, México, 1996. También existen algunos criterios de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que refiriéndose al tema, de manera relativamente reciente, dan cuenta de esa problemática, en ocasiones, sosteniendo posturas bastante discutibles, como sería el confrontar el principio de Supremacía Constitucional con la posibilidad de que las legislaciones secundarias amplíen el contenido de las garantías.

todo ello traducible en una indiscutible afectación a un elemental principio de seguridad jurídica, legalidad y justicia, al propiciarse la aplicación de criterios antagónicos por parte de los órganos judiciales en la resolución de casos concretos y, en general, por parte de todos los sujetos implicados en la procuración e impartición de justicia en nuestro país, particularmente dada la pluralidad de codificaciones penales subsistentes.

En conclusión, la transición ocurrida en México de uno a otro de los conceptos a los que nos estamos refiriendo, puede catalogarse como ejemplo significativo de uno más de los efectos negativos de la pluralidad de codificaciones penales, lo que, *per se*, provoca un natural efecto de desadaptación independientemente de que éste pudiese pensarse provisional o transitorio.

Ahora bien, como se indicó *supra,* puede decirse que la expresión *"cuerpo del delito"* había sido aceptada generalmente en nuestro país (independientemente de que su abandono pudiese representar un beneficio para nuestro sistema penal, desde un punto de vista estrictamente teórico) esto basado en los criterios emanados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien de alguna manera le dio un sentido, en términos generales, congruente con las estructuras penales de la totalidad de legislaciones penales del país, es decir, tanto federales como locales, que eran, y muchas aún siguen siendo, de corte tradicional o causalista, lo que implicaba a su vez una notoria falta de actualización y desarrollo del Derecho Penal Mexicano, empero, en la medida en que introdujeron aspectos tendientes a lograr su evolución, se hizo evidente que la pluralidad de códigos del país representa un obstáculo para la debida observancia de diversos principios constitucionales que deben ser propios a un Sistema Democrático de Derecho.

Por consiguiente, esa aparente correspondencia o congruencia, de facto, entre las diversas legislaciones punitivas ya no pudo afirmarse no obstante que todas utilicen el concepto tipo penal o el de cuerpo del delito actual, dado que la diferencia, en cada caso dependerá del contenido o significado que cada legislación en particular, dentro del ámbito del llamado Sistema Federal de Competencias, le asigne.

Varios autores[68] a la postre reconocen que aún con la introducción del vocablo *"tipo penal" "se mantiene la disparidad conceptual que anteriormente existía sobre el cuerpo del delito, ahora respecto de los elementos del tipo."*

Consideramos que en tanto no se unifique la Legislación Penal del país, de ningún modo puede culparse a las legislaciones locales de no adoptar igualdad de contenidos y de que, con ello, se provoque una disparidad de criterios que, a su vez hace surgir una situación *"caótica"*, sin duda perjudicial para la seguridad jurídica, empero, como indicamos *supra*, ese viene a ser un efecto que en la práctica subsiste por la pluralidad misma y que se incrementó con la aplicación de las reformas constitucionales recientes, las cuales, si hubieren tomado en cuenta el sistema federal en que vivimos, debieron de prever tales efectos, evitándolos mediante una modificación de distinta consistencia, como lo es la unificación de la Legislación Penal a nivel nacional, lo que presupone obviamente una modificación constitucional esencial en cuanto al Sistema Federal de Competencias, otorgándose a la Federación la facultad para crear una sola codificación penal aplicable, en lo conducente a la materia común u ordinaria, en toda la República.

Luego, es por demás evidente que la jurisprudencia del Máximo Tribunal Nacional al ejercer su delicada función como órgano rector de los criterios de interpretación jurídica, en contribución a la seguridad jurídica que debe salvaguardarse, no puede tampoco desconocer la realidad de la estructura constitucional y el sistema federal de competencias que aún subsiste, no obstante lo deseable que resulta el que la codificación penal fuese única. Por tanto, esa pluralidad de codificación hace difícil el ejercicio de esa función suprema de rectoría y, por ende, constituye un obstáculo en detrimento a la seguridad jurídica y a todos los principios constitucionales inherentes a un auténtico Estado Democrático de Derecho.

---

68 Bermúdez Molina, Estuardo Mario, *Del Cuerpo del Delito o los Elementos del Tipo*, *op. cit.* pág. 77.

Así es, no podemos perder de vista que, en nuestro país, en materia penal rige el principio de legalidad bajo la llamada plenitud hermética y exacta aplicación de la Ley Penal (sujeción a la ley)[69] de donde se sigue que en dicha materia, contrariamente al Derecho Civil o Común, no cabe la analogía, mayoría de razón o, la llamada actividad de *"suplencia de lagunas"*, es decir, que la legalidad en materia penal hace que la jurisprudencia sólo pueda ser a ese respecto una estricta tarea interpretativa de la ley existente y, por ende, de ningún modo podrá concebirse como fuente creadora de dicha ley.[70]

De ello se sigue, lo irrelevante de que a partir de 1931, en otras latitudes (en Europa especialmente) se produjeran cambios en las concepciones tradicionales de la Teoría del Delito, ya que ni la Suprema Corte ni ningún otro órgano de justicia podía asignar al concepto *"cuerpo del delito"* un contenido *"actual"* o *"moderno"* (que de cualquier forma seguiría siendo ajeno a los ordenamientos punitivos mexicanos) de manera tal que esa concepción, por novedosa que fuera, resultara obligatoria, aun en contra del texto legal.

Es decir, que no es válido ni congruente con la sujeción a la ley, el aplicar criterios teóricos en contravención a las disposiciones aplicables vigentes y obligatorias, pues con ese tipo de actitudes se atenta también contra el principio de legalidad y seguridad jurídica que debe imperar y los órganos de justicia, son los primeros obligados en custodiar y hacer prevalecer, incluso, actuar en tal forma (desconociendo la ley aplicable) constituye motivo de responsabilidad y no de reconocimiento.[71]

---

69 OVALLE FABELA, José, *Garantías Constitucionales del Proceso*, *op. cit.*, pág. 73.

70 Así lo ha estableció la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia y Tesis, que aparecen, respectivamente, bajo las voces: «JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACIÓN NO ES RETROACTIVA», «JURISPRUDENCIA, ALCANCE DE LA» y «JURISPRUDENCIA, NATURALEZA», Publicadas en las págs. 336-337 de la Segunda Parte del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, 1917-1975.

71 El Pleno del Máximo Tribunal del país, ha establecido que el servidor público del Poder Judicial que actúe en desacato de un precepto legal, incurre en responsabili-

La referida reforma, en cuanto al *"tipo penal"* desencadenó en nuestro medio jurídico y doctrinario infinidad de reacciones y opiniones o presupuestos teóricos, lo mismo que ocurrió con la ulterior reforma de 1999, con lo que, independientemente de su contenido acertado o no, la sola diversidad y proliferación de criterios discordantes hace evidente que las reformas en sí mismas, como decimos nosotros, han producido efectos negativos en cuanto a la aplicación de un concepto que, por tratarse de un presupuesto del procedimiento penal en nuestro país, afecta la seguridad jurídica colectiva.

Esa problemática, sin duda resulta similar a la que en su momento se presentó también en los países europeos donde inicialmente surgió la dogmática. Así, conviene citar la introducción de la obra de Claus Roxin[72] donde se destaca que la dogmática jurídico-penal germánica atravesó también en alguna época una crisis, debida principalmente a la polémica *"encona-da"* entre causalistas y finalistas. Lo anterior a pesar de que en países como Alemania existe una codificación penal única.

Siguiendo sobre el tema de la transición entre los conceptos, cuerpo del delito y tipo penal, como motivo de la reforma, se hace necesario resaltar al menos algunos de los detalles o particularidades de la obra legislativa consumada, que nos permiten calificar de negativos los efectos producidos.

Se produjeron variantes en cuanto al dolo, los delitos culposos, el contenido de los elementos del tipo, la tentativa y un gran número de aspectos vinculados con la pretendida nueva concepción del delito, cuestiones todas éstas en que igualmente se tuvo que reproducir el efecto de pluralidad de criterios dada la diversidad de codificaciones.

---

dad. El rubro de la tesis CXLVI-97 es el siguiente: «RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. LA INMUNIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 130 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL LA FEDERACIÓN, NO SE ACTUALIZA ANTE EL FRANCO DESACATO DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO.».

72 Roxin, Claus, *La Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Reus, S.A., Madrid, 1981.

Otro de los problemas, significativo por la inseguridad e impunidad que puede producir, fue el referente al universo de elementos que en un momento dado pueden formar parte del llamado tipo penal, presentándose la polémica relativa a determinar si las calificativas forman parte o no del *"tipo"* o *"cuerpo del delito"*, así como lo relativo al momento procesal oportuno para su estudio.

La afirmación de que conforme a los citados artículos 168 y 122 de los Códigos Federal de Procedimientos Penales y del Distrito Federal, respectivamente (nosotros agregamos que también en las legislaciones estatales que siguieron ese modelo), las calificativas son componentes típicos, conforme a la reforma de 1993, resulta indiscutible, máxime que la Primera Sala de Justicia de la Nación, así lo determinó al resolver la contradicción de tesis número 42/96, dando lugar a la jurisprudencia respectiva, bajo el rubro siguiente:

«AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES: AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL, QUEDÓ SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES.»

La referida jurisprudencia, a nuestro entender, también incidió en incrementar la situación o problemática calificada como caos interpretativo y afectación al principio de legalidad y seguridad jurídica, dado que pretendió tener efectos generales sin distinguir que tal criterio no le resultaba aplicable a aquellas otras legislaciones que mantuvieran un contenido diverso sobre el llamado *"cuerpo del delito"* o *"tipo penal"*.

Como puede verse, este es un claro ejemplo de que, la reforma en cuestión, como muchas otras, se han limitado a convertirse en agregados o implantaciones dispersas que producen la pérdida progresiva, de una identi-

dad sistemática recomendable para lograr una mejor protección del principio de seguridad jurídica.

En todo caso, lo necesario sería el logro de un cambio, mejoramiento o adecuación estructuralmente integral, no de unos cuantos preceptos o capítulos aislados, sino de toda aquella normatividad implicada en el funcionamiento procedimental del sistema buscado, abarcando inclusive, la Ley de Amparo como medio de Control Constitucional y de legalidad.

Los anteriores, son sólo algunos de los rubros en donde la aplicación del concepto *"tipo penal"* o de *"cuerpo del delito"*, derivados de las respectivas reformas constitucionales subsecuentes, produjo efectos que no pueden ignorarse y, por el contrario reclaman atención y solución inmediata, pues de otro modo, los órganos de justicia se verán inmersos en un anárquico y caótico estado de aplicación de los conceptos y contenidos de la reforma penal, afectando sin duda al más elemental sentido de justicia.

Lo hasta aquí apuntado constituye un somero análisis de esa transición entre *"cuerpo del delito"* y *"tipo penal"* (elementos), destacando así la problemática originada de ello, sobre todo en virtud de la pluralidad de codificaciones penales, pero además cabe agregar que esa misma problemática se presenta también en tratándose de la normatividad que cada entidad puede emitir en materia de menores infractores, en donde resalta la discrepancia en cuanto a la determinación de la edad considerada como límite para alcanzar la mayoría de edad para efectos de imputabilidad, ello a pesar de la existencia de tratados internacionales ratificados por la Nación Mexicana y tiene como finalidad el conducir a considerar un criterio uniforme en ese sentido incluso a nivel internacional. Tratados que además, resultan obligatorios en términos del artículo 133 constitucional que les da carácter de integrantes del concepto *"Ley Suprema"* de toda la Unión.

Por cuanto a la proporcionalidad, basta recordar que las diversas codificaciones guardan grandes discrepancias potenciales entre las formas de concebir o tipificar hechos delictivos similares o idénticos; también respecto de la forma de sancionarlos o la determinación o no de circunstancias

agravantes. Luego, si bien a partir de las reformas constitucionales de septiembre de 1993, se dispuso la modificación a la fracción del artículo 20 de la Constitución, estableciendo que el llamado beneficio de la libertad caucional, dependería de la determinación expresa de que se tratase o no de delito calificado como grave por la ley respectiva, sin embargo, el criterio de gravedad no es unánime ni siquiera intrasistemáticamente en alguna de las codificaciones en particular, en donde, por ejemplo en la federal puede sancionarse más gravemente la posesión y venta de 10 gramos de marihuana o cocaína, que un homicidio simple; o la legislación del Estado de México en donde el robo con violencia que recaiga en un vehículo de motor o en autopartes, puede alcanzar penas mayores que las de violación o el homicidio simple intencional.

Pero a eso se agrega que no existe un parámetro determinado o regulación entre los marcos punitivos previstos en cada una de las legislaciones del país, podemos concluir con el hallazgo de que un mismo hecho, puede ser sancionable de manera muy diversa dependiendo del Estado de que se trate; o bien, que mientras se puede alcanzar libertad caucional por ese mismo hecho en un lugar del país, en otro no, o incluso en el mismo lugar o entidad podrá tenerse una posibilidad de acceso diferente dependiendo del fuero federal o común de la legislación aplicable por razón de competencia.

En fin, la forma de sancionarse los delitos en México, no garantiza la observancia al principio de proporcionalidad de las penas que corresponde a un auténtico Estado de Derecho y que implícitamente se contiene en el artículo 22 de la Constitución Mexicana que, en lo conducente, dice:

"ART. 22. *Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.*

No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito o para el

pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen a favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley, como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tal, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrán imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar".

Esta situación según hemos dicho, repercute igualmente *"mutatis mutandi"*, por lo que se refiere a la legislación para menores infractores, pues ésta dependerá también de las disposiciones normativas de cada entidad de la República.[73]

73 En relación con este tema y como resultado de un somero análisis crítico a la Legislación de aplicación federal relativa a menores infractores, Cfr. Luna Castro, José

El otro aspecto que podemos citar también de manera ejemplificativa es el relativo a la forma en que hoy en día, la Legislación Procesal Penal de los diversos Estados ha tratado de adoptar las reformas constitucionales recientes en materia de reconocimiento de los derechos de la víctima. Así, mientras el apartado B del artículo 20 Constitucional eleva a rango constitucional los derechos de la víctima u ofendido del delito, la normatividad de los diversos Estados del país sigue siendo discordante y contradictoria en algunos casos; en lo referente a regular la observancia a dichos derechos, no obstante su reconocimiento constitucional en los siguientes términos:

"**ART 20.** *En todo proceso del orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:*

(...).

B. De la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes. Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de emergencia;

Nieves, "Consideración General Sobre el Régimen Jurídico de Menores Infractores en México", en *Anuario de Justicia de Menores*, Ed. ASTIGI,S.L. núm. IV, Sevilla, España, 2004, págs. 195-215. En relación a la justicia de menores en el sistema español Cfr. MARTÍN OSTOS, José, *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Astigi, S.L., Sevilla, 2004, págs. 117 y sigs.

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y

VI. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio."

Es evidente que la unificación de legislación punitiva y procedimental significaría un gran avance en el camino a lograr mayor efectividad de las disposiciones constitucionales, con la consecuente seguridad jurídica y proporcionalidad en cuanto a procedencia y determinación del monto de las sanciones de reparación del daño.

Resumiendo lo expuesto en este apartado, creemos claro que los ejemplos resaltados, como muchos otros, constituyen un gran listado de circunstancias o factores que evidencian la problemática derivada de esa pluralidad de legislaciones en materia penal.

Sólo por reiterar la mención de algunos de esos aspectos de carácter intraprocesal que dan muestra de la necesidad de la unificación penal, insistimos en un potencial listado de factores. Así, los vocablos de tipo penal o cuerpo del delito; la normatividad relativa a los menores infractores; las disposiciones de carácter intraprocesal relativas a los derechos del procesado; las prerrogativas que actualmente se prevén a favor de la víctima u ofendido del delito en el apartado B del artículo 20 Constitucional y la forma diferenciada en que se han aplicado en la legislación secundaria de toda la República; los problemas vinculados con los conflictos de competencia entre tribu-

nales federales y locales o entre los de diversas entidades del país; la notoria afectación al principio de proporcionalidad de las penas que legislativa y jurisdiccionalmente se produce mediante la existencia y aplicación de la legislación dispersa y discrepante que prevé y sanciona en todo el país conductas iguales con penas totalmente desproporcionadas y ajenas a una estructura sistemática, no sólo dentro de cada ordenamiento particular sino en relación con los restantes del país, o bien, la previsión o no de algunos recursos como posibles en algunas entidades y no en otras; el tratamiento diferenciado de aspectos relativos a la parte general de los distintos códigos penales, como las reglas para la prescripción y extinción o ejercicio de la acción penal, sobreseimiento, requisitos de procedibilidad, causas de exclusión del delito, excusas absolutorias, recursos y sentencias, las diferentes formas de regular las audiencias y formalidades del procedimiento penal o la obtención de beneficios sustitutos o de suspensión de penas, constituyen un simple listado de ejemplos que vienen a diferenciar, entre otros muchos posibles, la inconsistencia y falta de certeza jurídica respecto del proceso penal mexicano en general, en relación con las garantías o derechos fundamentales de todos los habitantes del país entendido como Estado-Nación, en el que el respeto a los derechos fundamentales se supone por igual, sin distinguir regiones o entidades ni pertenencias a grupos o etnias.

Son pues los anteriores, sólo una muestra de los múltiples factores que desde una perspectiva racional del Derecho, en particular del Derecho Penal a nivel nacional, a nuestro entender, convergen para justificar la adopción de un sistema penal unificado como ocurre ya en numerosos países del mundo.

Se advierte pues, que la situación derivada del actual Sistema Federal de Competencias, lejos de contribuir a lograr los fines de la Federación misma, derivados de la perspectiva teleológica del pacto federal en sí mismo considerado, así como de la obtención del bien común para los gobernados, de toda la República y sin importar la demarcación de las entidades federativas en lo particular, se ha convertido en la actualidad, en un obstáculo para lograr esos fines y para avanzar en el respeto a los derechos fundamentales y de los principios constitucionales característicos de un auténtico Estado

Democrático de Derecho, resaltando la afectación a la seguridad jurídica y el principio de proporcionalidad del sistema penal.

II. La necesidad de unificar la Legislación Penal a nivel nacional como presupuesto de congruencia en la estructura básica del procedimiento penal mexicano y conformación de una identidad normativa integral

Como se indicó antes, de acuerdo al sistema federal de competencias vigente en nuestro país, cada Estado de la República tiene facultad de otorgarse su propia Legislación Penal, tanto sustantiva como procesal, esto incrementa el problema de inseguridad derivado de la aplicación, a nivel constitucional, de un concepto plurívoco y susceptible de preceptuar diversos contenidos de acuerdo con las distintas concepciones dogmáticas existentes en el campo de la Teoría del Delito.

Como lo refiere Jorge Carpizo,[74] tradicionalmente esa facultad de las entidades federativas ha sido respetada por la Constitución Federal, de manera que cualquier sugerencia de unificación legislativa suele calificarse como una tendencia centralizadora en perjuicio de las entidades federativas que para algunos representa un ataque al sistema federal.

Coincidimos con el citado autor en el sentido de que de lograrse una unificación, en lo que a nosotros interesa en la materia penal, no se afectaría en nada dicho sistema, destacándose incluso la práctica de otro tipo de actitudes y comportamientos pasivos por parte de los Estados frente a un gobierno tradicionalmente presidencialista, y sus actos, que en su momento sí afectaron al sistema federal y que sin embargo, no encontraron obstáculo alguno.

Además, en el Derecho Positivo de nuestro país han existido y existen diversos cuerpos normativos de aplicación general y sin embargo, en nada se ha afectado el federalismo y la llamada soberanía estatal, así por ejemplo, en materia laboral, mercantil y gran parte de la materia fiscal.

74 Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, *op. cit.*, págs. 142 y sigs.

La necesidad de contar con un concepto único sobre el contenido del *"tipo penal"* o de *"cuerpo del delito"* (o del equivalente que se utilice como garantía procesal y respetando las diferentes etapas del procedimiento) es evidente, y uno de los medios para lograrlo sería la citada unificación en favor de la cual se pueden citar las siguientes argumentaciones.

De acuerdo con el maestro ALCALÁ- ZAMORA Y CASTILLO,[75] la existencia de múltiples códigos genera situaciones de desigualdad en el país; en los países en donde se ha realizado la unificación se ha producido un gran adelanto en la doctrina científica, citándose a Brasil como ejemplo de unificación de códigos procesales; al existir diversos códigos; de cualquier forma suelen coincidir en múltiples aspectos, razón que justifica la unificación; el régimen federal no necesariamente presupone la existencia de múltiples códigos pues existen varios países que no obstante su conformación multiregional cuentan con Código Penal o Procesal Penal únicos (Alemania, Venezuela, Brasil...). Especial ejemplo representa España donde incluso, no obstante el reconocimiento de *"comunidades autónomas"* existe una sola codificación punitiva, actualmente representada por el Código Penal Español de 1995, con reformas y adiciones de 2000, 2003 y 2004.

En relación con esa inquietud el maestro Raúl CARRANCA Y TRUJILLO se pronunció en favor de ello.[76]

JIMÉNEZ DE ASÚA en alguna ocasión también recomendó para nuestro país un solo Código Penal.[77]

Destacan igualmente las ponencias presentadas por Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL y Carlos KURI ASSAD en el Congreso Nacional de Pro-

75 ALCALÁ- ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. "Unificación de Códigos Procesales Mexicanos tanto Civiles como Penales". *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo X, núms. 37-40, 1960, págs. 297-304.

76 CARRANCÁ Y TRUJILLO Raúl, citado por Jorge CARPIZO, *op. cit.*, pág. 145, nota 83.

77 Ibidem. nota 84.

curadores de 1963,[78] en donde se hacen interesantes pronunciamientos en favor de la unificación.

Suele concluirse en torno a este tema que el problema de la unificación es de índole político y no jurídico, pues desde el punto de vista legal no existe inconveniente para ello, y por el contrario, en relación con el tema de este trabajo, sólo contando con una codificación única, sería entonces posible que una sola tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolviera el problema vinculado con el contenido del tipo penal (o la expresión que se utilice para cumplir esa función intraprocesal), a nivel nacional, lo que en la actualidad no acontece, es decir, que el máximo tribunal del país no puede solucionar el problema derivado de las reformas subsecuentes asignando un solo contenido al concepto de tipo, o el que lo substituya, mientras que en uso de su *"soberanía"* emanada del sistema federal de competencias, las entidades federativas adoptan diversas opiniones teóricas para asignarle significado a tal concepto.

Lo mismo puede decirse en torno al tema de la inobservancia del principio constitucional de proporcionalidad del sistema de penas y medidas de seguridad y de la reglamentación del tratamiento de los inimputables por minoría de edad, así como en relación al tratamiento diversificado respecto de los derechos de las víctimas del delito.

La actual Suprema Corte de Justicia de la Nación ha convocado la consulta para una reforma coherente del sistema de impartición de justicia en el Estado Mexicano, y ello evidencia por un lado, el valor moral y la objetividad de reconocer la necesidad de una verdadera transformación que permita obtener esa coherencia, razón por la que se participó mediante la presentación de diversas ponencias, una de ellas relacionada con el tema que aquí se desarrolla mas no como una simple reiteración de ideas, sino del replanteamiento de una problemática incontrovertible que se ha agudizado en función de los nuevos tiempos y realidades del mundo jurídico contem-

78 Idem.

poráneo y que se expone en función de casos evidentes y concretos que justifican la propuesta de unificación de la Legislación Penal.

Muchos países de corte democrático y aun de Sistema Federal han optado por unificar su Legislación Punitiva y han logrado avances significativos en el desarrollo de su normatividad y en el respeto a la constitucionalidad y los principios que le son inherentes, por tanto, no existen verdaderos motivos que justifiquen la tradicional postura de negativa hacia esa reforma que hoy en día resulta impostergable.

No resulta admisible ya, que bajo el argumento de la soberanía se pretenda mantener vetustas pretensiones de autoritarismos y cacicazgos regionalistas que a final de cuentas, afectan a los habitantes de esas propias regiones y entidades.

Y es que no existe en realidad una soberanía estatal que justifique el desconocimiento a la Constitución Federal misma, al pacto que le da sustento a su estructura y sobre todo a la vigencia y respeto de los principios constitucionales en favor de los habitantes del país, esencialmente los derechos fundamentales vinculados con la seguridad jurídica, proporcionalidad y tutela efectiva de acceso a la justicia.

La propuesta que se hace en busca de solución al problema, la constituiría la modificación al artículo 73 de la Constitución Federal a fin de asignar al Legislativo Federal la facultad exclusiva, en principio de crear la codificación penal unificada y aplicable en todo el país, con independencia de que subsistan los fueros federal y común. En su defecto, si no de la creación de toda la codificación penal del país, sí al menos la codificación de carácter procesal penal como ocurre en diversos países del mundo, mediante las llamadas leyes de enjuiciamiento criminal aplicable a nivel general con independencia del reconocimiento de codificaciones punitivas locales o regionales.

Otra posibilidad de adecuación sería la de establecer la facultad de emitir una ley reglamentaria de la propia Constitución en que se fincaran las

bases del proceso penal en México, es decir, la facultad de establecer un procedimiento penal único a nivel nacional, así como de determinar una normatividad congruente en materia del tratamiento de menores infractores de la Ley Penal, lo que se traduciría, en nuestra opinión, en una contribución destacada para la obtención de un sistema de justicia penal integral, coherente y fortalecido en todo el territorio Nacional.

Lo que resulta indiscutible, es que cualquiera que fuese la solución adoptada, ésta debe hacerse en respeto a la estructura del sistema constitucional que se requiere en materia de competencia entre Federación y Estados, a fin de lograr propiciar las bases para alcanzar un verdadero sistema integral y coherente de impartición de justicia en que se puedan atender y resolver los graves problemas que hoy en día se presentan en el mundo moderno en el entorno del contexto de la comunidad internacional y sus tendencias globalizadoras de las que México no puede sustraerse.

III. Resumen

El concepto *"tipo penal"* o el de *"cuerpo del delito"* utilizados hasta ahora en la Constitución como garantía procesal penal, son plurívocos; respecto y en relación con cualquiera de ellos subsiste en nuestro país un estado caótico de interpretación debido a la diversidad conceptual que les caracteriza y representa sólo un ejemplo negativo para la certeza y seguridad jurídicas que resultan de la pluralidad de códigos a nivel nacional.

Luego, si esto es así, por necesidad lógica ello produce una afectación al principio de seguridad jurídica que de acuerdo a la propia Constitución prevalece en México también como garantía de legalidad en el artículo 14 de la misma Ley Fundamental en donde se contiene el apotegma *"nullum crimen sine lege, nullum crimen sine poena"*. Aspecto en el que se contiene además el principio de certeza, taxatividad o prohibición de incertidumbre.

Ahora bien, en relación con muchos otros contenidos normativos tanto sustantivos como procedimentales le serán aplicables las mismas críticas,

por la producción de similares efectos negativos, en atención a la posibilidad constitucional de que cada entidad le atribuya significados distintos.

La desproporcionalidad de las penas y disparidad del Legislación para Menores, así como el tratamiento distinto otorgado a los derechos de las víctimas, son factores que evidencian también la necesidad de la unificación de la Ley Penal.

Todo ello repercute en afectación a los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica que entre otros, se presuponen inherentes a un Estado Constitucional del Derecho.

Existe en México un Ssistema de Gobierno Republicano y Federal, porque así lo establece la Constitución vigente, no obstante que se reconozca la realización de actos tendientes a desconocerlo así, o que implícitamente atentan contra el principio en cuestión.

Tienen los Estados de la República autonomía para legislar en materias no reservadas a la Federación, pues formal y materialmente existe esa facultad.

La creación legislativa de las normas penales de aplicación local, así como las concernientes al tratamiento de menores infractores, y la regulación de los derechos de la víctima u ofendido del delito, es facultad de los Estados pues a cada entidad compete, hoy en día, la facultad de proporcionarse su Legislación Penal de aplicación local.

La contrariedad a los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad del sistema punitivo, implican un estado de incongruencia a los fines del Estado Democrático de Derecho, de ahí que la solución coherente sea la unificación de la Legislación Penal, con base en la adecuación constitucional.

No es posible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito puedan contribuir a solucionar eficazmente el problema a nivel nacional, dada la pluralidad normativa existente,

pues implicaría pasar por alto esa autonomía de los Estados para legislar en materia penal común, consagrada en el Sistema Federal de Competencias que nos rige, pues en el Estado actual, representaría un acto que atentaría contra esa facultad de las legislaciones locales y además, sería una definición de criterios potencialmente incongruentes con el contenido material de esas mismas legislaciones discrepantes.

Ahora bien, como propuestas posibles con miras a contrarrestar los efectos de la situación de incertidumbre jurídica e inobservancia del principio de proporcionalidad, estimamos las siguientes:

José Nieves Luna Castro.

Marzo de 2006.

BIBLIOGRAFÍA

Alcalá- Zamora y Castillo, Niceto. "Unificación de Códigos Procesales Mexicanos tanto Civiles como Penales". *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo X, México,1960.

Bazdresch, Luis, *Garantías Constitucionales*, Curso Introductorio, 2a. edición, Editorial Trillas, México, 1983.

Bermúdez Molina, Estuardo Mario, *Del Cuerpo del Delito a los Elementos del Tipo,* P.G.R., México, 1996.

Burgoa, Ignacio, *Las Garantías Individuales,* 34a. edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

Bustos Ramírez, Juan, *Obras completas, Derecho Penal Parte General*, Tomo I, ARA Editores, Lima, 2005.

Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales,* Quinta edición, Editorial Porrúa UNAM, México, 1996.

De la Cueva, Mario, *Apuntes del Derecho Constitucional*, México, 1965.

DE AQUINO, Tomás, *Summe Der Theologie,* Alfred CORNER, Stuttgart 1954.

DE HIPONA, Agustín, "Del Libre Albedrío", en *Obras de San Agustín*, Biblioteca de Autores Cristianos, tomo IV, Madrid, 1947.

DE MEDINA, Antonio A. y ORMAECHEA, *La Legislación Penal de los Pueblos Latinos. México ante los Congresos Internacionales Penitenciarios*, edición especial destinada a la Exposición Universal de París, México, 1899, tipografía de la Oficina del Timbre, Palacio Nacional, 1899.

DEL TORO CAROZO, Marco Antonio, *Semanario del Derecho Penal y Procesal Penal,* Universidad Panamericana, Guadalajara, Jalisco, septiembre de 1996.

Diario Oficial de la Federación, 28 de Noviembre de 2005.

FIX ZAMUDIO, Héctor, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica,* núm. 12, 2a. ed., Editorial UNAM, México, 1998.

FIX ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución,* Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, Segunda edición, UNAM, México 1998.

FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando y CARVAJAL MORENO, Gustavo, *Manual del Derecho Constitucional*, Editorial Porrúa, México, 1976.

FRISCH PHILIPP, Walter, y GONZÁLEZ QUINTANILLA José Arturo, *Metodología Jurídica en Jurisprudencia y Legislación*, Editorial Porrúa, México, 1992.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, DERECHO Y FILOSOFÍA, compilador, Editorial BEFDP, núm. 18, Fontamara, 3a. reimpresión, México, 2004.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho y Moral,* ensayos sobre un debate contemporáneo, Rodolfo VÁZQUEZ, compilador, Editorial Gadisa, 1a. reimpresión, Barcelona, 2003.

HANS-RUDOLF, Horn, *Problemas Actuales del Derecho Constitucional.* Estudios en Homenaje a Jorge CARPIZO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994.

Hans-Rudolf, Horn, *El Estado Constitucional como Proyecto Común de la Humanidad, Problemas Actuales del Derecho Constitucional,* Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México, 1994.

Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamento y Teoría de la Imputación*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1997.

Jakobs, Günther, *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996.

Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2003.

Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho Penal,* traducción al castellano y estudio preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Editorial Civitas, S.A.-UAM ediciones, Madrid, 1997.

Jakobs, Günther, *Culpabilidad en Derecho Penal, dos cuestiones fundamentales*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2003.

Jiménez de Asúa, Luis-Corsi Zacarés, Francisco, *Códigos Penales Iberoamericanos Según los Textos Oficiales. Estudio de Legislación Comparada,* Editorial Andrés Bello, Caracas, 1946.

Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado,* México, 1949.

Krawietz, Werner, *Derecho y Racionalidad en la Moderna Teoría del Derecho*, Ernesto Garzón Valdés, compilador, Editorial BEFDP, núm. 18, Fontamara, 3a. reimpresión, México, 2004.

Le Fur, Delos, Radbruch, Carlyle, *Los Fines del Derecho, Bien Común, Justicia, Seguridad,* UNAM., traducción de Daniel Kuri Breña, Tercera edición, México, 1997.

LEVCNE, Ricardo-ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Los Códigos Penales Latinoamericanos,* La Ley S.A., Editora e Impresora, Buenos Aires, 1978.

LUNA CASTRO, José Nieves, *El Concepto del Tipo Penal,* Editorial Porrúa, 3a. edición, México, 2004.

LUNA CASTRO, José Nieves, *Anuario de Justicia de Menores*, Editorial ASTIGI, S.L., Núm. IV, Sevilla, España, 2004, págs. 195-215.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho Penal y Globalización*, Editorial Porrúa, México, 2001.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *El Tipo Penal, Algunas Consideraciones en Torno al Mismo,* UNAM, México, 1992.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Filosofía del Derecho*, Editorial Trillas, México, 1990.

MARTÍN OSTOS, José, *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Astigi, S.L., Sevilla, 2004.

NINO, Carlos S., *La Validez del Derecho,* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985.

OVALLE FAVELA, José, *Garantías Constitucionales del Proceso.*

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal,* Editorial Porrúa, México, 2001.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho Penal del Enemigo. Desmitificación de un concepto*, Editorial Jurídica Grijley, 2006.

PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, *Metodología del Derecho,* Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española,* T. II, 22a. edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2001.

ROXIN, Claus, *La Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal*, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE, Reus, S.A., Madrid, 1981.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IX, México, 1999.

Semanario Judicial de la Federación, 1917-1975.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las Garantías de Seguridad Jurídica,* Colección Garantías Constitucionales, núm. 2, 2a. edición, SCJN, México, 2005.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano,* 21a. edición, De Porrúa, México, 1985.

Villoro Toranjo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, 1966.

Weber, Max, *Rechtssoziologie,* edición e introducción de Johannes Winckelmann, 2a. edición, Neuwid-Berlín, 1967.

Zaffaroni, E. Raúl, *Códigos Penales de los Países de América Latina*, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México/Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente: Programa ILANUD/COMISIÓN EUROPEA, México, 2000.

Garantías de una imputación justa: Participación (¿sancionable?) de agentes financieros en el delito del blanqueo de dinero

André Luís Callegari

Sumario: I. Introducción. II. Ausencia de elemento subjetivo entre el blanqueador y el agente financiero. III. Limitación de la responsabilidad a través de la adecuación social. IV. Limitación de responsabilidad criminal a través de la prohibición de regreso. V. Negocios *standard* (del agente financiero) y limitaciones de la responsabilidad. VI. ¿Inserción en la ley de blanqueo de un tipo culposo para penalizar al agente financiero? VII. Conclusión.

I. Introducción

La doctrina todavía no ha enfrentado un problema que seguramente preocupará a los operadores del Derecho en lo que tange a la ley de blanqueo de dinero y la participación criminal. La cuestión se refiere a intervención de terceros, por ejemplo, empleados de banca o del sistema financiero, que, sabiendo del origen ilícito del dinero lo transfieren a otro local o lo insertan en el mercado financiero. Pero, actitud esta desproveída de cualquier elemento subjetivo de blanqueo u ocultación propiamente dicha, es decir, el empleado realiza dicha conducta (transferencia de fondos, por ejemplo) porque éste es su trabajo. No le está atribuido el deber de averiguar la procedencia lícita o ilícita de los fondos y así, por lo menos en la Ley n. 9.613/98, no le sería atribuida cualquier responsabilidad criminal (aquí no se habla de la responsabilidad administrativa que representa tal conducta).

Es cierto que la legislación de prevención contra el delito de blanqueo de dinero ha traído inserto un tipo previendo la participación criminal (Art. 1o., § 2o., II, de la Ley n. 9.613/98). Pero ¿es suficiente para penalizar a los

agentes financieros (empleados de banca) que transfieren fondos de origen ilícito? El inciso de la ley prevé la punibilidad de aquel que participa de grupo, asociaciones u oficinas teniendo conocimiento de que su actividad principal o secundaria está dirigida a la práctica de los crímenes previstos en la Ley de Blanqueo. En una primera interpretación ya estarían excluidas las conductas de los agentes financieros si se demostrase que éstos no participan del grupo, de la asociación o de la oficina destinada al blanqueo, sin embargo, saben de dónde provienen las cantidades insertadas en el mercado financiero. Es que la interpretación literal del tipo no permite que se vaya más allá de esto, es decir, apenas estarían abarcadas las conductas de aquellos que se encuadrasen en una de las modalidades previstas, o sea, participación específica y dolosa (la ley exige el conocimiento) en un grupo, en la asociación o en la oficina. Fuera de esos casos, aunque exista la ciencia de donde provienen los valores, no se podría abarcar la conducta del agente financiero como conducta típica descrita en la ley.

Pero hay otros argumentos que deben ser estudiados respecto al tema. Además de la literalidad del tipo penal en cuestión, o sea, la exigencia de participación cuente en un determinado contexto (grupo, asociación u oficina), se puede argumentar que la participación criminal exige el elemento subjetivo específico, dicho sea de paso, requisito del concurso de personas.[1] De esa forma, sólo se habla en participación dolosa, lo que significa que la participación es la intervención dolosa en un hecho principal doloso típico y antijurídico (accesoriedad limitada). Por lo tanto, aquí ya está excluida cualquier hipótesis de participación culposa del agente financiero (descuido o negligencia en el momento de la identificación de los fondos transferidos). Lo que podría ocurrir en esa hipótesis sería la denominada autoría mediata, donde el agente financiero sería un simple instrumento del autor doloso ("hombre de atrás"), que lo induce al error y lo lleva a transferir fondos ilícitos. De acuerdo con esto, está descartada la participación culposa en el

1 Sobre el tema, véase CALLEGARI, André Luís. *Imputação Objetiva, lavagem de dinero e outros temas do Direito Penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 105.

delito de blanqueo de dinero, aunque algunas legislaciones hayan previsto esta hipótesis (*Código Penal Español*).

Habiendo dicho todo esto, ¿cuál es el fundamento de la no punibilidad criminal del agente financiero que, mismo sabiendo, pero no queriendo adherir a la acción criminosa, transfiere fondos de origen ilícito?

Este es el punto central de este pequeño estudio, en el se buscan algunos fundamentos jurídicos para demostrar que el conocimiento no significa participación delictiva y, así, impide la punibilidad del agente que transfiere fondos con conocimiento de la procedencia delictiva, pero, sin adhesión subjetiva al delito de blanqueo.

II. Ausencia de elemento subjetivo entre el blanqueador y el agente financiero

La posición clásica para que se sustente la no punibilidad del agente financiero es la falta de elemento subjetivo existente entre éste y el blanqueador, o sea, que el agente no quiera participar del delito que está siendo practicado, aunque desconfíe del origen delictivo de los fondos ilícitos. Aquí se verifica la ya pacificada cuestión de que no existe participación cuando el agente conoce el delito y hasta mismo lo presencia, pero no se adhiere a él. En este caso, inexistiendo el vínculo subjetivo, no se debe hablar de participación criminal. Excepción a la regla es la hipótesis en que el agente es garantizador del bien jurídico, o sea, se le atribuye la imputación jurídica de otra forma; no por su actuación propiamente dicha, pero, por su omisión cuando estaba obligado a obrar. Ejemplo: el policía que presencia inerte un asalto y nada hace. No es partícipe, por lo menos en nuestra posición, pero autor porque es garantizador del bien jurídico y, por eso, debería actuar para evitar el resultado.

La cuestión aquí es saber si el funcionario del banco o agente financiero es garantizador del bien jurídico tutelado por la Ley de Blanqueo. Si la respuesta es afirmativa, evidentemente que será autor del delito de blanqueo de dinero, pues, entre sus funciones, le incumbía evitar transferencias de

fondos que poseyesen origen delictivo. La ley no abarca esta hipótesis, salvo la responsabilidad administrativa. Además, para nosotros, la responsabilidad se da a través de ámbitos de competencia y, en este caso, no compete al agente financiero la averiguación previa, por lo menos en la esfera criminal, del origen lícito de los bienes.

Así, nos parece que los funcionarios no tienen dicha función (garantizadores) y, por lo tanto, no se les puede atribuir el delito de blanqueo de dinero en caso de que realicen la transferencia de fondos de origen sospechoso. Esa interpretación se origina del enunciado en el Art. 1o. y párrafo primero de la Ley de Blanqueo. Es que las conductas allí descritas requieren la ocultación o disimulación de los bienes, derechos o valores provenientes de los crímenes antecedentes referidos en la Ley n. 9.613/98. Sin embargo, los funcionarios no obran con este fin, o sea, de disimulación u ocultación de valores para, posteriormente, darles apariencia de licitud. Aquí, es necesario que entre en juego el concepto de blanqueo y el dolo del agente.[2] Ya hemos sustentado que sólo existe la posibilidad del delito de blanqueo si el autor disimula la naturaleza, origen, ubicación, disposición de los bienes, cuando sepa que éstos provienen de los crímenes antecedentes previstos en la Ley. El dolo debe estar dirigido a esta conducta, o sea, el autor actúa porque conoce el origen criminoso de los bienes y porque quiere darles apariencia de licitud.[3] Por lo tanto, en un primer momento esta hipótesis no se aplica al agente financiero, pues, a toda evidencia, no parece que sea ésta su intención. Dicho de otra manera, su operación financiera no es movida con este fin, o sea, de dar apariencia de licitud a valores obtenidos de forma ilícita. Así, su ámbito de competencia es realizar su trabajo y es eso lo que hace, ni más, ni menos. No le compete lo restante.

---

2 CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e lavagem de dinero.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 71 e ss.

3 CALLEGARI, André Luís, *op. cit.*, p. 165; en el mismo sentido, TIGRE MAIA, Rodolfo. *Lavagem de dinero.* São Paulo: Malheiros, 1999, p. 86.

III. Limitación de la responsabilidad a través de la adecuación social

A través de la adecuación social de la conducta también es posible que se limite la participación criminal. Es que en la función de los tipos de presentar el "modelo" de la conducta prohibida se pone de manifiesto que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen por una parte, un carácter social, es decir, están referidos a la vida social, pero, por otra parte, son precisamente inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos se hace patente la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho Penal: señalan las formas de conducta que se alejan gravemente de los órdenes históricos de la vida social.[4]

Para Welzel eso repercute en la comprensión e interpretación de los tipos, que por influencia de la doctrina de la acción causal eran demasiado restringidas, mientras se veía la esencia del tipo en lesiones causales de los bienes jurídicos.[5]

Además, son socialmente adecuados los negocios que se mantienen dentro de los límites de una gestión ordenada, mismo que después resulten desventajosos; no quedan comprendidas, así, algunas conductas que podrían insertarse en determinados tipos penales.[6]

Las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente las ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los marcos de la libertad de acción social. Este marco no es siempre fácil de determinarlo ni de expresarlo.[7]

La adecuación social constituye en cierto modo la dirección de los tipos penales: es el estado "normal" de libertad social de acción, que les

4 Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán.* Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 66.

5 Ibídem, p. 66.

6 En ese sentido, Welzel, ob. cit., p. 67.

7 Ibídem, p. 67.

sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. Por eso, quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aun en todos aquellos casos que pudieron ser subsumidos en ellos, por ejemplo, según criterios causales.[8]

De acuerdo con la adecuación social, la conducta de aquel que se mantiene dentro de lo socialmente permitido, por ejemplo, cumple su respectiva función dentro de un marco de organización, no ocupa ningún tipo penal. Esta idea podría ser transportada para la intervención del agente financiero que se mantiene dentro de su perspectiva de trabajo, o sea, se limita a ejercer su función y, así, no cometería ningún tipo de delito inserto en la Ley de Blanqueo de dinero.

El problema aquí es que el concepto de adecuación social es demasiado indeterminado y tendríamos que verificar siempre lo que es socialmente adecuado, a pesar de la concreta posibilidad de la consecuencia dañosa.[9]

De acuerdo con JAKOBS, es posible que se constate con bastante rapidez que la solución no se encuentra en la adecuación social de los comportamientos. Es imposible determinar cuáles son las "modalidades de comportamiento" que rompen gravemente el marco de los órdenes históricamente generados de la vida social sin fijar la medida en la que se debe tener en cuenta el respectivo contexto al interpretar el comportamiento.[10] Si el comportamiento se contempla de forma aislada, en la mayoría de los casos deberá ser considerado socialmente adecuado, por la simple razón de que en el ámbito de los delitos de resultado, el comportamiento, cuando privado de su referencia al resultado, carece de toda vinculación a algo delictivo, es decir, no resulta posible constatar que esté prohibido, y también es completamente

8 Ibídem, p. 68.

9 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General.* Traducción de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLES DE MURILLO. Madrid. Marcial Pons, 1997, p. 842.

10 JAKOBS, Günther. *Fundamentos del Derecho Penal.* Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Enrique PEÑARANDA RAMOS. Buenos Aires. *Ad-hoc*, 1996, p. 129.

insípido con relación al criterio de los "órdenes históricamente generados".[11] Si, al revés, se amplía el contexto que se tiene en cuenta por lo menos para las circunstancias cuya presencia cabe deducir la producción del resultado (y sólo entonces posee interés jurídico-penal el concepto de adecuación social), en los casos que no están estereotipados (y por lo tanto, no pueden ser resueltos a través del riesgo permitido) falta toda concreción mínimamente clara de dicho orden, de modo que en este contexto, el contexto de adecuación social no aporta nada en la averiguación de los principios de la imputación, pero tampoco impide llegar a una determinada conclusión.[12]

IV. Limitación de responsabilidad criminal a través de la prohibición de regreso

A través de la teoría de la imputación objetiva, desarrollada, entre otros, por Jakobs, buscamos algunas soluciones para los problemas de participación criminal, es decir, para la limitación de la intervención delictiva. Los contenidos normativos de la teoría de la imputación objetiva desarrollados por Jakobs se encuentran vinculados a la idea de que el sistema de la teoría del delito debe tomar como punto de referencia la esfera de la administración autónoma que corresponde al ciudadano, a la persona.[13] En este sentido, la teoría de la imputación objetiva es para Jakobs un primer gran mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito: "...es necesario fijar de modo objetivo qué significa un comportamiento, si significa una infracción de la norma o algo inocuo.[14] Por lo tanto, hay que desarrollarse un patrón conforme al que pueda demostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que ese patrón esta-

11 Ibídem p. 129.

12 Ibídem, p. 130.

13 Peñaranda Ramos, Enrique, Suárez Gonzáles, Carlos, Cancio Meliá, Manuel. *Um Novo Sistema do Direito Penal. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs.* Traducción André Luís Callegari y Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo. Manole, 2003, p. 82.

14 Véase, Reyes Alvarado, Yesid. *Imputación objetiva.* Bogotá: Temis, 1996, p. 50 y ss.

blezca orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, y sí que se oriente sobre la base de modelos, funciones y de estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los autores y los demás intervenientes no son tomados como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas. Es entre éstas que se determina a quién le compete un curso lesivo: a un autor, a un tercero, o la víctima".[15]

Dentro de la doctrina de la imputación objetiva de JAKOBS, una de las instituciones más originales es la prohibición de regreso, donde se empieza a discutir la necesidad de limitar el ámbito del comportamiento punible, tanto para los comportamientos culposos como dolosos, con base en criterios objetivo-normativos, necesidad resumida en una frase ya muy conocida de JAKOBS: "ni todo es asunto de todos".[16]

Para JAKOBS, la prohibición de regreso se refiere a los casos en que un comportamiento que favorece la práctica de un delito por parte de otro sujeto no pertenece, en su significado objetivo, a ese delito, es decir, que puede ser "distanciado" de él. Opera cuando el sujeto que realiza la actividad que facilita el comportamiento delictivo no tiene que aceptar como algo corriente el delito cometido. De esa óptica, la prohibición de regreso configura el ámbito de intervención no delictiva en el acontecimiento y determina el campo de la "no participación (punible)".[17]

Es que existe un ámbito de actuación conjunta dolosa o culposa con el comportamiento de otras personas, que realiza objetivamente el tipo, sin responsabilidad por esta "intervención" en sentido amplio. Este ámbito se caracteriza por el hecho de que el "interveniente" realiza una aportación que en sí es inocua y cotidiana y que sólo mediante la puesta en práctica de

15 PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GÓNZALES/CANCIO MELIÁ, *Um novo sistema do Direito Penal*, p. 83

16 Ibídem, p. 89.

17 Ibídem, p. 91.

planos de otras personas se convierte en un curso causal dañoso.[18] Así, se trata de diferenciar entre intervenciones propias y creación de una situación en la que otros realizan un tipo.[19]

Frente a la teoría de Jakobs, dentro de la cual trabajaremos, necesario que quede esclarecido que la responsabilidad penal siempre tiene como fundamento la violación de un papel (rol), o sea, la imputación objetiva del comportamiento es regida por el papel que se le atribuye a cada ciudadano. Así, no son decisivas las *capacidades de quien actúa*, pero las *capacidades del portador de un papel*, refiriéndose a denominación *papel* a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por lo tanto, de una institución que se orienta con base a las personas.[20] Las expectativas dirigidas al portador de un papel configuran el esquema de interpretación cuyo concurso es imprescindible para que las acciones individuales puedan adquirir un significado socialmente vinculante.[21]

En ese sentido, la teoría de la imputación objetiva del comportamiento aporta el material con cuya ayuda se puede interpretar el resultado puesto en marcha por una persona como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como un acontecer socialmente extraño o adaptado, como que, socialmente, se consideró mérito o, especialmente, como que se destaca de modo negativo el resultado.[22]

---

18 Jakobs, Günther. *Derecho Penal. Parte General.* Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid. Marcial Pons, 1997, p. 842. Para reforzar la cuestión, Jakobs hace la siguiente indagación: Alguien paga, como estaba obligado, su deuda a un acreedor, sabiendo que el acreedor, con este dinero, va en busca de la comisión de un delito. ¿Existe complicidad del deudor?

19 Ibídem, p. 842.

20 Jakobs, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal.* Traducción de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20.

21 Ibídem, p. 20.

22 Ibídem, p. 22.

Sin embargo, como se trata de analizar la participación delictiva, no abordaremos todos los pilares de sustentación de la teoría de la imputación objetiva construida por JAKOBS. En realidad, lo que nos interesa es su construcción sobre la delimitación de la participación criminal, más conocida como *prohibición de regreso*. La participación consiste, en términos simplificados, en la intervención dolosa en un hecho ajeno doloso típico y antijurídico, o, también, en una división de tareas[23] para que se logre éxito en la acción criminosa. Ocurre una división de trabajo: el trabajo para obtener *una obra única* se divide entre las varias personas que contribuyeron cada una con su parte.[24] Pero ¿qué delimita esa "participación" delictiva? ¿La simple contribución causal hace al sujeto partícipe, mismo que tenga conocimiento? Las respuestas negativas siguen con los argumentos de la teoría ahora estudiada.

El punto fundamental de la responsabilidad delictiva está centrado en el sentido del comportamiento y, aquí, entra la cuestión si el empleado del sistema financiero debe responder por el blanqueo o no, aunque sospeche de la procedencia ilícita de los fondos que serán manipulados por él. En ese aspecto, se funda la cuestión sobre cuándo una organización se encuentra establecida de tal modo que su configuración tenga sentido para alcanzar consecuencias delictivas.[25] Por lo tanto, ¿cuándo se participa de un contexto de acción? Y la respuesta aquí no es siempre que la organización da causa a la ejecución de un delito o, por lo menos, lo causa dolosamente o culposamente. De ese modo, la concurrencia de un comportamiento evitable no es suficiente para atribuir a una organización un sentido delictivo, así como en el ámbito de la omisión, la capacidad de evitar el resultado no es suficiente para definir como garante a quien tiene esa capacidad. Ocurre que la evitabilidad, por sí sola, es puramente cognitiva, alguien puede evitar algo se así lo desea; la evitabilidad carece *per se* de sentido social: pero ¿por qué

23 CALLEGARI, A.L., *Lavagem de dinero*, p. 91 y ss.

24 JAKOBS, G., *A imputação objetiva no Direito Penal*, p. 57.

25 JAKOBS, G., Ibídem, p. 61.

habría que evitar? Tratándose de la colaboración causal de varias personas, la respuesta sólo puede ser ésta: existe la obligación de evitar cuando hace parte del papel de quien actúa en primer lugar, velar por el comportamiento de quien actúa a continuación.[26] Jakobs divide la punibilidad de la participación en cuatro hipótesis distintas, pero, mencionaremos solamente la que interesa a nuestro estudio, es decir, intervención delictiva del agente financiero del delito de blanqueo.

Los casos aquí mencionados por Jakobs son aquellos en que entre otra persona y el autor existe algo en común, pero lo que hay de común se limita a una prestación que se puede obtener en cualquier parte, y que no implica ningún riesgo personal, no obstante el autor haga uso precisamente de esa prestación para cometer un delito. En esos casos, es cierto que la otra persona ya no puede alegar que simplemente nada tenga en común con el autor —pues referida persona consintió en transferir la prestación al autor—, sin embargo, lo que de común hay en el caso carece de todo y cualquier significado delictivo; de ahí el sujeto haber violado su papel es irrelevante.[27]

Aquí se encuentra el ámbito relevante de nuestro estudio y de la aplicación de la prohibición de regreso, es decir, de la prohibición de recurrir, en el marco de la imputación, a personas que física y psíquicamente podían haber evitado el curso lesivo —bastando haber tenido ganas de hacerlo—, a pesar de la no evitación, no violaren su papel de ciudadanos que se comportan legalmente. Segundo Jakobs, en una sociedad organizada en régimen de división de tareas, con un intercambio de informaciones y de bienes extremamente complejos, debe diferenciarse de manera rigurosa lo que es el sentido objetivo de un *contacto social* y lo que los intervenientes pretenden con ese *contacto* bajo el punto de vista subjetivo. Como carácter general, únicamente se debe tener en cuenta el sentido objetivo; éste es el sentido socialmente válido del *contacto*. Al no objetivarse, por lo menos no en ese

26 Ibídem, p. 61.

27 Ibídem, p. 62.

realizar el delito previo que disminuye de forma relevante la capacidad disuasoria de la pena prevista para dicho delito.[35]

De acuerdo con eso, en el momento de realizar el anterior juicio se debe partir de la figura del denominado "hombre patrón", sin tener en cuenta las peculiaridades personales que algunos potenciales infractores puedan manifestar. A tal efecto, no importan las concretas preferencias del autor del delito previo —dicho delito ya fue cometido y no hay remedio—, sino que interesan las preferencias de la mayoría de los potenciales delincuentes ya que destinatarios del mensaje que se dirige con el castigo de los actos de blanqueo. Esto obliga a introducir en el análisis criterios de racionalidad económica mediana, que, en principio, se considerarán apropiados para referirse a un infractor que actúa movido por el ánimo de ganancias. Se trata de determinar qué conductas pueden considerarse tan atractivas en términos lucrativos para dicho "hombre patrón" que la posibilidad de contar con ellas disminuya de forma relevante el efecto desincentivador de la pena de los delitos graves.[36]

Es que en el delito de blanqueo se parte siempre de una situación en que la comisión del delito previo redundó en un incremento de la capacidad económica del autor, aunque las ganancias obtenidas corran el riego de perderse si se descubre cuál es la procedencia de los bienes. En este contexto, resulta sumamente útil al autor del delito previo *aquellas conductas que contribuyen para una consolidación de la capacidad económica conseguida*. Este efecto de consolidación se alcanza con las acciones que tienden a la manutención de las ganancias alcanzadas desvinculándolas de su origen delictivo (*actos de ocultación*). En este grupo de conductas puede incluirse aquellas que, aunque comportando una pérdida parcial de la capacidad económica inicialmente conseguida, logran preservarla substancialmente, pues, dado que la posibilidad de vincular ciertos bienes a un delito comporta una sensible disminución de su valor, los actos de desvinculación exitosos, aun-

35 Ibídem, p. 186.

36 Ibídem, p. 186.

que generen determinados costos, supone, en general, un aumento de su valoración.[37]

Así, de acuerdo con las razones expuestas por Ragués I Vallés, las conductas idóneas para generar este efecto de "consolidación por medio de la ocultación del origen" realizan el tipo de blanqueo de dinero. Por lo tanto, para el potencial autor de delitos graves sería un importante incentivo *ex ante* al saber que, una vez consumada su infracción, podría recorrer libremente a la colaboración de terceras personas que, sin ninguna restricción le ayudarán a mantener o, incluso, a incrementar las riquezas obtenidas con la comisión del delito previo, eliminando o reduciendo el peligro de pérdida que pesa sobre ellas. Castigando como blanqueo de dinero estas conductas de aseguramiento se consigue reducir el número de personas dispuestas a realizarlas y, de este modo, disminuyen las expectativas del autor del hecho principal de acabar disfrutando pacíficamente de los beneficios que su delito le puedan proporcionar. Trasladando esta idea a las conductas de adquisición se puede sustentar la necesidad de castigar *aquellas adquisiciones que, comportando un efecto de ocultación del origen de los bienes, reviertan en una consolidación de las ventajas económicas conseguidas por el autor del delito previo.*[38]

De acuerdo con las ideas expuestas y en lo que dice respeto a las conductas *standard*, los anteriores criterios llevan a limitar la idoneidad para realizar el tipo de blanqueo a aquellas prestaciones de servicios que generan objetivamente un efecto de ocultación y, por lo tanto, consolidación de las ganancias del delito. En cambio, la tipicidad deberá ser negada cuando el acto de consumo, aun suponiendo una transformación de los objetos que provienen de la infracción previa, no genere dicho efecto de ocultación. En este último caso, la posibilidad de contar *ex ante* con estas conductas de transformación no afecta de manera relevante a efectos de amenaza penal, pues en nada ayudan a que el autor afiance la capacidad económica conse-

37 Ibídem, p. 186.

38 Ibídem, p. 186-187.

guida con el delito previo. El mismo tratamiento merecen aquellos casos en que los actos de ocultación contribuyen de manera cuantitativamente insignificante para la consolidación de la riqueza alcanzada.[39]

Así, el problema de la relevancia penal de lo que se denomina *acciones o comportamientos neutros* tiene su sede de discusión sistemática precisamente en la configuración del desvalor de la acción de los partícipes y la determinación de los criterios de imputación objetiva del comportamiento del cómplice.

El tipo de complicidad se encuentra sometido a controversia en la delimitación de su límite mínimo respeto de conductas aparentemente neutras que se caracterizan, en un primer momento, por desarrollarse en ámbitos de trabajo como acciones estándar. Su "habitualidad" (actuaciones de la "vida diaria", "cotidiana") y repetición algorítmica en una sociedad posindustrial y posmoderna, muchas veces integrando servicios o negocios de intercambio, obliga a presentar criterios de delimitación idóneos para discriminar el comportamiento criminal del neutro.[40]

De no ser así, los riesgos a los que se expone la intervención penal señalan a una posible paralización de la vida social, caracterizada por una creciente interrelación e interdependencia de las personas, ante la amenaza de que terceros estén implicados en responsabilidades penales de hechos ajenos por su participación en el tráfico. Dicho de forma más simple: la cuestión del límite mínimo del tipo de complicidad es, desde otra parte, la frontera de libertad del ciudadano que debe poder orientarse normativamente sobre si su contribución traspasa la barrera de lo permitido por contribuir para un delito ajeno o si, al revés, su actuación —neutra— acaba sin motivo donde empieza la pura y entera responsabilidad ajena.[41]

---

39 Ibídem, p. 187.

40 LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *La complicidad delictiva en la actividad laboral "cotidiana"*. Granada, España. Comares Editorial, 2002, pp. 219-220.

41 Ibídem, p. 220.

El hecho de que quien se dispone a realizar una prestación o intercambio comercial se coloca la posibilidad —conocimiento eventual— de que su contribución puede servir a fines delictivos es un presupuesto que de asumirse como argumento suficiente para activar el tipo de complicidad llevaría, simple e ingenuamente, a la paralización de la vida social y a un recorte insustentable de la libertad de actuación del ciudadano de un Estado que se pretenda democrático, social y de Derecho.[42]

Varias concepciones se presentan para que se resuelva el problema de la intervención de terceros que realizan su trabajo cotidiano (agentes financieros) como punible o no. El legislador brasileño no fue tan lejos a punto de establecer la punibilidad de la comisión culposa del delito de blanqueo de dinero, más destinado a los empleados de bancos o instituciones financieras, como lo hizo el legislador español. En tesis, se resolvería algunos problemas.

VI. ¿Inserción en la ley de blanqueo de un tipo culposo para penalizar al agente financiero?

Una de las posibilidades de penalizar al agente financiero, sería la tipificación culposa del delito de blanqueo, pues, según la doctrina dominante en España, los destinatarios naturales del tipo culposo de blanqueo son los directores y empleados de entidades financieras.[43]

La crítica que se hace a la tipificación culposa del delito de blanqueo, enderezada a los empleados de instituciones financieras, es que dicho hecho puede falsear la actividad económica, en particular la actuación de los intermediarios financieros en los mercados de crédito, pues las transacciones de

42 Ibídem, p. 239.

43 Carpio Delgado, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Valencia. Tirant lo blanch, 1997, p. 336; Gómez Iniesta, Diego J., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*. Barcelona. CEDECS, 1996, pp. 59-60; Zaragoza Aguado, Javier. "El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos, su investigación". *Cuadernos de Derecho Judicial*, No. 1, 1994, p. 127.

blanqueo no se diferencian externamente de las legales ya que el dinero no muestra la forma por la que fue adquirido, *pecúnia non olet*. Por lo tanto, en las operaciones bancarias es difícil descubrir una operación de blanqueo, porque se camuflajea entre la inmensidad de movimientos de capital legal que se realiza diariamente, lo que permite una apariencia legal a dichas operaciones. Además, existe una serie de técnicas de blanqueo de dinero que se modifican continuamente, lo que permite que no sea detectable este delito.[44]

Como ya ha sido dicho, el dinero no manifiesta exteriormente su origen. Así, es muy difícil para el empleado de una entidad financiera que trata diariamente con numerosos clientes determinar si un ingreso constituye un negocio normal o una tentativa de blanqueo. Recordemos que el dinero entregue puede tener detrás de el varios procesos de ocultación, lo que permite que su origen no sea detectable. En otros casos, el empleado de la institución no tiene contacto con el dinero ya que se ocupa sólo de operaciones abstractas de carácter contable, lo que imposibilita cualquier desconfianza sobre el origen de los bienes.[45]

De acuerdo con esto, con la tipificación culposa del delito de blanqueo de dinero, existiría la obligación del empleado de la institución financiera de analizar aquellas operaciones que pudiesen estar vinculadas al blanqueo y, por lo tanto, debería denunciar su sospecha a los órganos de persecución. Ocurre que no hay un catálogo preciso o específico de todas las operaciones que deben ser consideras como indiciarias de blanqueo; y además, con la creciente tecnología, muchos contactos o transacciones son de carácter anónimo, lo que imposibilita al empleado conocer o sospechar de dichas operaciones.[46]

---

44 ARÁNGUÉZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid. Marcial Pons, 2000, p. 278.

45 BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*. Granada. Editorial Comares, 1999, p. 189.

46 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, ob. cit., p. 279.

En ese sentido es que se critica la tipificación culposa del delito de blanqueo, pues el empleado de la entidad financiera soportaría un riesgo muy grande de realización de un comportamiento punible. Es que el tipo llevaría a penalización no sólo a las conductas en las que el empleado cierre los ojos frente a transacciones delictivas, pero también en los casos en que la aceptación del dinero delictivo le fuese imputado como un comportamiento descuidado. El problema principal de la comisión culposa reside en la necesidad de establecer normativamente obligaciones de cuidado, ya que para la comisión de este tipo de delito se exige un comportamiento contrario al deber objetivo de cuidado.[47]

Por lo tanto, no creemos que la inserción de un tipo culposo en la actual Ley de Blanqueo de Dinero resuelva el problema de responsabilidad de los agentes financieros, pues, de acuerdo con las ideas expuestas, sería muy difícil la realización y la concreción del deber de cuidado, exigible para la adecuación de los delitos culposo. Como el dinero no manifiesta exteriormente su procedencia, los empleados estarían limitados a valorar hechos extraños que se derivasen del conjunto global de las circunstancias de las operaciones realizadas, lo que haría inviable su trabajo.

VII. Conclusión

Después de este breve estudio, se concluye que solamente en los casos de dolo del agente financiero, o sea, conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes procedentes de determinados delitos y voluntad de participar en el crimen de blanqueo es que habrá la posibilidad de punición.

El primer motivo de esta conclusión es que el delito de blanqueo exige que se conozca la procedencia ilícita de los valores que serán blanqueados y, el momento del conocimiento debe ocurrir, a nuestro juicio, en el momento de la consumación del delito previsto en la ley, o sea, en el momento en que el sujeto actúa para realizar una de las actividades típicas descritas en los

47 Blanco Cordeiro, Isidoro, ob. cit., p. 200.

verbos del tipo, porque tiene que saber que los bienes proceden de uno de los delitos expresamente enumerados en la Ley y, aun, que sepa antes de la realización del delito previo.[48]

Otro motivo es que además del conocimiento absoluto de la procedencia de los bienes, conociendo con exactitud que estos tuvieron su origen en uno de los delitos expresamente previstos en la ley, su finalidad debe estar dirigida para este fin, es decir, de blanqueo. Si el sujeto en la comisión del delito no tiene certeza absoluta, sino que sólo se representa como probable que los bienes tienen un origen delictivo, no se le puede condenar por la comisión del delito de blanqueo. Es que los tipos penales exigen que el autor actúe con una de las finalidades específicas, previstas legalmente, es decir, sea la de ocultar o disimular el origen criminoso de los bienes.[49]

Por lo tanto, en los casos de los agentes financieros, o sea, personas que trabajan en entidades de este tipo, no habrá conducta típica si el sujeto, cuando de la realización de su trabajo, no obrar con la finalidad de ocultar o disimular el origen de los bienes. Además de eso, como ya ha sido dicho, deberá también conocer el origen delictivo del cual procede el bien. Sin estos presupuestos, no se debe hablar en conducta sancionable.

48 CALLEGARI, André Luís, ob. cit., p. 166.

49 En ese sentido, CALLEGARI, André Luís, ob. cit., p. 166.

Epílogo:
La Obra Científica del Profesor Jakobs

Miguel Polaino Navarrete

Sumario: I. Introducción. II. El contexto universitario alemán, el maestro Welzel y la fascinación por un sistema completo del Derecho Penal. III. Un nuevo Sistema del Derecho Penal: el Funcionalismo normativo. A) La sólida fundamentación filosófica y sociológica del funcionalismo de Jakobs. B) Aportaciones dogmáticas del funcionalismo jakobsiano. IV. Final.

I. Introducción

Mi estimado amigo y compañero el Dr. Carlos Daza Gómez me ha honrado pidiéndome, en nombre del Instituto Iberoamericano de Derecho Penal que él preside, en nombre de los coordinadores de esta obra (los jóvenes y prometedores juristas María Eloísa Quintero y Miguel Polaino-Orts) y en su nombre propio, unas palabras de epílogo para la importante obra *El pensamiento filósofico y jurídico-penal de Günther Jakobs,* que el lector tiene en sus manos. Creo que la decisión del Dr. Daza de contarme como epiloguista de esta publicación se debe, amén de a la vieja y antigua amistad e interrelación académica que nos une, a dos motivos esenciales: en primer lugar, el hecho de que yo interviniera, como el propio Carlos Daza ha recordado en acto solemne, como mediador o "puente de unión" entre la Ciencia Penal Mexicana y el propio Profesor Jakobs, que hizo que —por mi mediación— pudiera visitar el maestro alemán el bello país de México por primera vez en el año 2002 (desde entonces, he tenido la suerte de acompañarlo en años sucesivos, en visitas académicas conjuntas a ese país). En segundo término, se encuentra también el no desdeñable motivo de que ya en el acto de clausura del curso en homenaje al Prof. Jakobs que da origen a este libro me fuera encomendado por su Director, el Dr. Daza, que pronunciara unas palabras

conclusivas sobre la relevancia científica y la calidad humana del jurista alemán a quien se había homenajeado por una importante representación de su Escuela europea y latinoamericana y por otros relevantes juristas mexicanos. Así pues, obligado por estos dos motivos esenciales, acepto gustoso como un honor la invitación cursada, y procedo a redactar a continuación unas palabras conclusivas que sirvan a un tiempo de epílogo de esta interesante publicación y de remembranza de aquellas palabras mías pronunciadas en el acto de clausura del Curso en homenaje al Prof. JAKOBS.

II. EL CONTEXTO UNIVERSITARIO ALEMÁN, EL MAESTRO WELZEL Y LA FASCINACIÓN POR UNA SISTEMA COMPLETO DEL DERECHO PENAL

Cuando yo empezaba a dedicarme monográficamente al estudio del Derecho Penal, al término de mis estudios de licenciatura en la Universidad de Sevilla (España), donde ahora profeso la primera Cátedra de la asignatura, tenía meridianamente claro que, aunque pudieran encontrarse algunos juristas interesantes en mi país (podría citar los nombres de QUINTANO RIPOLLÉS —a quien no llegué a tratar—, de Juan DEL ROSAL —a quien traté algo en el inicio de mi vida académica, y que moriría poco después— y de Don José ANTÓN ONECA, figura muy interesante, que me distinguió con su amistad y consideración en los últimos años de su vida), prácticamente era una *condicio sine qua non* para la formación integral del penalista emigrar durante un tiempo a Alemania a formarse bajo el acogedor y brillante maestrazgo de los juristas alemanes. En mi caso —a finales de los años 60 del siglo pasado, recién licenciado, con veintipocos años— emprendí camino de Alemania, sin apenas conocer el idioma pero con plenitud de bríos, de inquietudes y de ilusiones. Alemania ya había rehecho entonces su composición social e intelectual, luego de los años de la postguerra, y la atractiva figura de algunos penalistas alemanes se nos presentaba a los jóvenes españoles de entonces como un aliciente muy tentador. En mi caso, pasé largas temporadas en la Universidad de Munich, preparando la tesis doctoral —sobre el tema de los elementos subjetivos del injusto— en el Instituto de Derecho Penal dirigido entonces por un penalista inolvidable: el Prof. MAURACH, uno de los profesores alemanes más conocidos entonces, pues no muchos años antes, en 1962,

habían aparecido en castellano los dos tomos de su *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Con una paciencia digna de agradecer, el Prof. MAURACH discutía conmigo sobre los difíciles problemas dogmáticos derivados del tratamiento de los elementos subjetivos del injusto. Luego de varias inolvidables estancias de investigación en Munich, pasé otras temporadas no menos inolvidables en Viena (con el maestro NOWAKOWSKI, máximo representante del objetivismo penal) y en Roma (con el Prof. DELOGU, a quien luego he visitado tantas veces en su casa romana, hasta la actualidad, casi centenario), y ya Doctor y Profesor adjunto de Derecho Penal, en el Instituto Max-Planck de Friburgo de Brisgovia, ya en los años 70, bajo la dirección del maestro JESCHECK, infatigable trabajador hasta en su gloriosa ancianidad de la actualidad. Todas esas figuras eran, para nosotros los jóvenes, ejemplos a seguir con su rigor y su aureola de intelectuales aparentemente distantes pero en la cercanía acogedores y hasta afectuosos.

Pero si había una figura que en la Alemania de finales de los años 60 resaltaba con un brillo especial y que generaba adhesiones y rechazos casi míticos ésa era la del Profesor Hans WELZEL. Es cierto que ya en esa época había principiado el declive intelectual de su carrera (toda su obra importante había sido publicada ya, y su producción de los finales años 60 y de los 70 es, en cierto modo, *opera minor*), pero seguía siendo en aquellos años un referente insustituible para los jóvenes —y para los no tan jóvenes— de entonces. Desde todas partes del mundo viajaban penalistas en ciernes y penalistas consagrados, como en una suerte de peregrinación, para rendir pleitesía al gran maestro del Derecho Penal de aquellos tiempos. Yo mismo sentí la natural curiosidad de conocer personalmente a WELZEL. Desde Munich, donde por aquellos meses me encontraba, me trasladé a Bonn, la cuna del finalismo. Me recibió en su despacho de la Universidad, repleto de libros cuidadosamente ordenados, y hablé con él sin premuras y sin prisas, pero con cierta urgencia juvenil de saber cosas. WELZEL ya era un hombre, aunque en activo y dirigía ese semestre un seminario con su discípulo Armin KAUFMANN. Me trató con cortesía y con cierto distanciamiento administrativo de quien está curtido en mil batallas (luego de aquel encuentro lo volví a ver varias veces más, en las que ya era patente su deterioro físico y mental,

hasta que llegó a convertirse, en una imagen desgarradora inolvidable, en una sombra de sí mismo). El caso es que hacia el final de aquella primera conversación con WELZEL, en una actitud inédita hasta entonces, me tomó del brazo, y me invitó con cierta energía a que siguiera su doctrina. Esa invitación personal tenía, en todo caso, ribetes de generalidad: el deseo de que los jóvenes de entonces siguiéramos su doctrina. Con independencia de la fragilidad que esa invitación representaba (el temor del gran maestro al olvido que ya, quizá, entonces vislumbraba y a cuya idea probablemente no podía acostumbrarse), y con independencia igualmente de que yo nunca me vi subyugado a los encantos del finalismo (aunque lo estudié críticamente con objetividad y conocimiento, como no podía ser menos), lo cierto es que la doctrina welzeliana era especialmente interesante para los penalistas de entonces por dos motivos esenciales: por el evidente poder de convicción del mejor WELZEL y por la sugerencia que destilaba su propia doctrina. Sobre ello quisiera decir un par de palabras más.

Es evidente que pocos penalistas habían ejercido hasta entonces un influjo intelectual como el mismo WELZEL. Su capacidad de seducción era notoria. Ello le llevó a ser el penalista y filósofo más reconocido en aquella época. Prácticamente ningún trabajo de aquellas calendas obviaba el nombre de WELZEL, ni citaba, en un sentido u otro, sus sugerentes doctrinas. Basta repasar las principales revistas doctrinales —el ZStW o el GA— de aquellos años para observar que el nombre de WELZEL seguía siendo el más citado en las aportaciones dogmáticas de finales de los años 60, en cualesquiera temas del Derecho Penal. Porque lo interesante de la aportación de WELZEL es que construyó un sistema completo del Derecho Penal. Ese aserto, que ha llegado a convertirse en un tópico, no deja de tener un interés científico y aun sociológico. Ya estonces se hablaba del Finalismo como un "nuevo sistema del Derecho Penal". Ese nuevo sistema debía, como digo, gran parte de su existencia al tesón de WELZEL y se mostraba especialmente sugerente precisamente porque era eso: un sistema completo, que había principiado por el concepto de acción ("la acción es ejercicio de activisad final", que diría WELZEL) pero cuyas irradiaciones se habían difundido por todo el concepto del delito (hasta el punto de que un fino analista de primera hora y

línea, Rodrigo Fabio Suárez Montes dejó dicho que "lo nuevo en el finalismo no es tanto el concepto de acción, cuando el concepto de injusto")[1] y aun por toda la Parte General y por toda la sistemática de los tipos de delito en la Parte Especial.

III. Un nuevo Sistema del Derecho Penal: el Funcionalismo normativo de Jakobs

Esa fascinación por un nuevo sistema del Derecho Penal, esto es, por un sistema o programa cerrado y completo de la Dogmática Penal no se experimentaría más hasta la llegada de otro penalista excepcional, que se había nutrido del primer Welzel (del cual era discípulo directo) y que pronto emprendió su camino en solitario: Günther Jakobs. Es cierto que desde Welzel a Jakobs se sucedieron unos años donde hubo penalistas que aportaron no poco a la evolución del Derecho Penal: el mismo Maurach, con quien yo me formé, finalista heterodoxo y maestro de una escuela importante (con autores tan reconocidos como Schroeder, Zipf o Gössel); o un penalista de primer nivel, que ha quedado un tanto en la sombra: Eberhard Schmidhäuser, hasta llegar a Roxin, autor de mucho relieve pero patrocinador de un sistema tópico, esto es, parcial y fragmentario, y —por ello— en cierto modo lo contrario que un sistema completo y cerrado del Derecho Penal. Esa fascinación de un nuevo sistema de la Dogmática Penal no se vería, pues, hasta la aportación de Jakobs, a quien se debe, en mi opinión, la mayor revolución del Derecho Penal actual alcanzada además en tiempos enormemente difíciles: en tiempos en los que la globalización y la gran amplitud de figuras delictivas, cada una con sus técnicas muy evolucionadas (delitos de omisión, técnica de peligro abstracto, anticipación de la punibilidad, etc.), exigiría más bien un tratamiento especializado, técnico y fragmentado "a la Roxin"

1 Suárez Montes, Rodrigo Fabio, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1963. Del mismo autor, puede consultarse, en alemán, su importante colaboración al homenaje al Prof. Welzel: "Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?", en *Festschrift für Hans Welzel*, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1974, págs. 379 y sigs.

que la magna empresa de acometer toda una revisión completa, lógica y coherente del entero sistema del Derecho Penal. Eso lo ha conseguido JAKOBS con su doctrina funcionalista o sistémica, que yo prefiero llamar funcionalismo normativo, pues el funcionalismo a secas me sabe a poco (lo de JAKOBS es mucho más que eso) y la vertiente sistémica, de la teoría de los sistemas sociales, es sólo un aspecto muy concreto de la doctrina jakobsiana. Veamos, pues, brevemente un esbozo del talente científico del padre del funcionalismo normativo, el Profesor JAKOBS.

Él fue —no lo olvidemos— uno de los más jóvenes y atrevidos discípulos de WELZEL, que ya desde su primeras obras se enseñó como un investigador extraordinariamente brillante e innovador, que no se limitaba a repetir o difundir lo dicho por su maestro, sino que se propuso la reformulación del entero sistema del Derecho Penal sobre la base de la normativización del sistema jurídico, y —consecuentemente— la liberación de prejuicios naturalistas y ontologistas. En definitiva, JAKOBS hizo suyo el proverbio chino que repetía STRATENWERTH, otro discípulo de WELZEL, de que para conseguir progreso "hay que matar al padre (científico)". Quizá por ello, su maestro WELZEL, firme y riguroso jurista, sabedor de la heterodoxia y del talento de su discípulo JAKOBS, le propuso a él el encargo de la revisión y continuación de su obra magna: el *Tratado de Derecho Penal, Parte General,* en la que habría de ser la decimosegunda edición, que empero finalmente no vio la luz. JAKOBS trabajó concienzudamente en la actualización de la obra de su maestro, durante varios años, hasta que se percató de la imposibilidad de que él mismo continuara la obra welzeliana sin traicionar su propio espíritu crítico y su personal concepción de la nueva Dogmática Penal. A partir de ese momento, y sobre la base del respeto a quien fue su maestro, decidió volar por libre y alumbrar el más sugerente Sistema Dogmático de la actualidad: el Funcionalismo Normativo, cuya exposición general expuso en una obra de un rigor dogmático y de una seriedad y científicas realmente asombrosos: su *Tratado de Dereho Penal*, que lleva como preciso subtítulo: *Fundamentos y teoría de la imputación*.[2] Es un tratado (Lehrbuch), explica JAKOBS al prólogo a la primera edición, en el sentido de que se desarrolla una doctrina (Lehre). Esa doctrina, el funcionalismo jurídico-penal, ha sido perfilado de extraor-

dinariamente fecunda a lo largo de su obra posterior, en los años 90 y desde el 2000 para acá.

A) La sólida fundamentación filosófica y sociológica del funcionalismo

Este sistema encuentra influjos importantes en la filosofía idealista dialéctica alemana de Hegel y en la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, pero no se limita a una importación al ámbito del Derecho Penal de dichos postulados filosóficos y sociológicos, sino que enriquece extraordinariamente la Dogmática Penal con sugerentes aportaciones personales. La doctrina de Jakobs parte de la constitución de la Sociedad, y es definida por el propio Jakobs como "aquella teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la Sociedad".[3] Esta posición se aleja, en sus planteamientos, tanto de la conciencia individual (que había sido el tradicional punto de partida de la filosofía, enraizada en Descartes y desarrollada desde Hobbes hasta Kant) como de la tradicional concepción europea del Estado, iniciada por Aristóteles. El sistema social (concebido como sistema autorreferencial y autopoiético, delimitado del entorno, e integrado de expresiones de sentido, de comunicaciones entre

2 Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1983. La segunda edición apareció en 1991, y fue traducida 5 años después al castellano: *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.

3 *Vid.* Günther Jakobs, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", *ZStW.* Band 107, Heft 4, 1995, págs. 843 y sigs. (*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, pág. 15); *Vid.* un atento ensayo sobre las relaciones entre la teoría funcionalista de Jakobs y el sociologismo luhmanniano en Rafael Márquez Piñero, "El pensamiento jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Luhmann", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, tomo XLIX, mayo-ag. 1999, págs. 105 y sigs.

personas) es punto de partida del funcionalismo jurídico-penal. Además, este sistema funcionalista desarrolla otras categorías o conceptos esenciales como "persona" (por oposición al de "individuo"), "norma" y "sociedad".

B) Aportaciones dogmáticas del funcionalismo jakobsiano

Sería ilusorio por mi parte resumir en esta intervención el trabajo dogmático de un autor del talento de JAKOBS en breves líneas. Conceptos como los de expectativa social, cognitiva o normativa, vigencia de la norma, rol de la persona, función latente y función abierta o manifiesta de la pena, división vinculante del trabajo, etc., forman parte del acervo jurídico-penal en la Ciencia del presente gracias a este jurista lúcido y original.

Valga, como ejemplo de su originalidad, la exposición de su teoría de la pena y su crítica del bien jurídico, que se ve inspirada, en este punto, por el idealismo de HEGEL. Para JAKOBS la misión del Derecho Penal no reside de manera inmediata en la protección de bienes jurídicos (porque, siguiendo a su maestro WELZEL, considera que el Derecho Penal llega normalmente "demasiado tarde", esto es, cuando la lesión del bien jurídico ya es irreparable: "nadie devolverá su vida al muerto"), sino que la misión de la pena es la garantía de la identidad normativa de la Sociedad, o sea, el aseguramiento de la vigencia de la norma. Con ello, rechaza la tradicional fundamentación ontológica del Derecho Penal, adoptando una fundamentación exclusivamente normativista: "la pena —dice JAKOBS—[4] no repara bienes, sino que confirma la identidad normativa de la Sociedad. Por consiguiente, 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".

4 *Vid.* Günther JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, pág. 11 ("Prólogo").

La renormativización de los conceptos jurídico-penales operada por JAKOBS no se limita, lógicamente, a la teoría de la pena ni a la crítica del bien jurídico, sino que se entiende de manera intensa sobre todo el entero sistema del delito: conceptos como la acción (que para JAKOBS es entendida como acción culpable, de manera que la culpabilidad es considerada por él de manera sumamente original como un presupuesto de la acción),[5] la imputación objetiva (que ha sido desarrollada extraordinariamente por él mismo, a quien se debe la formulación de sugerentes instituciones como el incremento de riesgo, el principio de confianza, el principio de imputación a la víctima o el principio de prohibición de regreso)[6] o, finalmente, la doctrina de la autoría y la participación,[7] han sido reformulados, renovados y renormativizados por JAKOBS de tal manera que quien quiera adentrarse en la Dogmática jurídico-penal actual no podrá desconocer, sino antes bien estudiar a fondo, las sugerentes investigaciones del autor sobre la materia. Y ello

5 Fundamental es su enjundioso opúsculo crítico: *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 Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 101 y sigs.; también en la colección "Cuadernos de conferencias y artículos No. 11", Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996).

6 Al respecto, Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994 (y otras muchas reediciones en España, Perú, México, Argentina...), que constituye una de las obras más relevantes, claras y fundamentales de los últimos decenios en nuestro ámbito científico.

7 Entre los excelentes artículos de JAKOBS al respecto pueden citarse Günther JAKOBS, "Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung", *ZStW* Band 89, Heft 1, 1977, págs. 1 y sigs.; ID.,"La imputación objetiva en la participación. Accesoriedad y prohibición de regreso", en ID., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, 3a. reimpresión, 1998; ID., "Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation", *GA* 1996, págs. 253 y sigs.; ID.,"Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses

por no hablar de otros temas, de candente actualidad, como puede ser el Derecho Penal del Enemigo,[8] un tema que ha sido objeto tan burda como demogágicamente de una crítica internacional.[9]

IV. FINAL

Y con ello termino: El sistema de JAKOBS es, y lo he dicho en mis trabajos, en letra de molde, en varias ocasiones, una extraordinaria aportación de incalculable valor al debate contemporáneo, sin perjuicio de que me haya posicionado frente a algunos de sus más firmes postulados. Pero aceptados o cuestionados, no puede por menos que reconocerse la valía de la aportación de este autor, y de algunos de sus discípulos, como PAWLIK, LESCH o MÜSSIG, por citar únicamente a algunos alemanes, y sin entrar en su selecta escuela de discípulos y seguidores extranjeros. La sola figura de su maestro, de ese Maestro de una de las Escuelas más importantes y sugerentes de la actualidad, se merecía esta obra. Plácemes y felicitaciones merece por ello el Director del curso y de esta publicación, Carlos DAZA GÓMEZ, así como los Coordinadores María Eloísa QUINTERO y Miguel POLAINO-ORTS, por la laboriosa y loable actividad de reunir todos los manuscritos. Esta obra nos ilustra, sobradamente, sobre el talento, la magnitud y la relevancia de la figura científica del Profesor JAKOBS. El lector que haya llegado hasta aquí sabrá, ahora con conocimiento de causa, el porqué.

Werkzeug", *GA* 1997, págs. 553 y sigs.; ID., "Beteiligung", en Dieter DÖLLING (Hrsg.), *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, págs. 561 y sigs.

8 Por ejemplo, monográficamente, Günther JAKOBS, "Derecho Penal del Enemigo y Derecho Penal del Ciudadano", en Günther JAKOBS / Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo*, Thomson - Civitas, Madrid, 2003, págs. 22 y sigs.

9 Exhaustiva información al respecto en Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho Penal del Enemigo: Desmitificación de un concepto*, Grijley, Lima, 2006.

Apéndice fotográfico



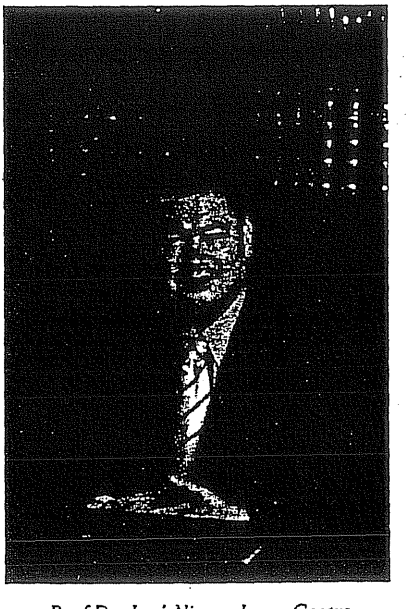
Ceremonia de Inauguración del Curso Académico en Derecho Penal.
Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs. De izquierda a derecha:
Dr. Luis García López-Guerrero, Director del Centro Nacional de Derechos Humanos;
Mgdo. Dr. José Nieves Luna Castro, Magistrado del Poder Judicial Federal;
Prof. Dr. Carlos Daza Gómez, Director del Instituto Iberoamericano de Derecho Penal;
Lic. Alfonso Navarrete Prida, Procurador General del Distrito Federal;
Prof. Eduardo Montealegre Lynett, Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia;
Dr. Rogelio Figueroa, Subprocurador de Tlalnepantla;
Dr. Miguel Ángel Aguilar López, Magistrado del Poder Judicial Federal.



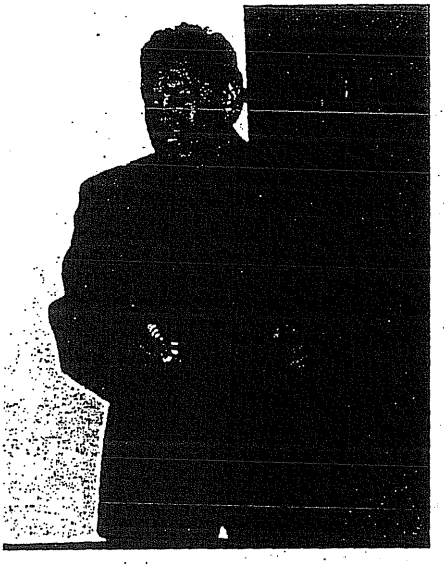
De izquierda a derecha: Dr. Rogelio Figueroa, Prof. Dr. Eduardo Montealegre Lynnet, y los Drndos. Eloisa Quintero y Miguel Polaino-Orts.



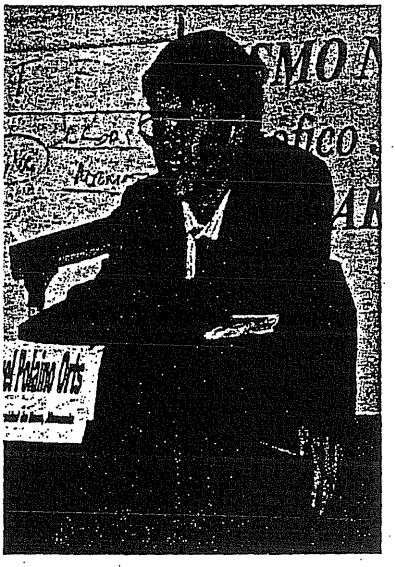
Prof. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.



Prof.Dr. José Nieves Luna Castro



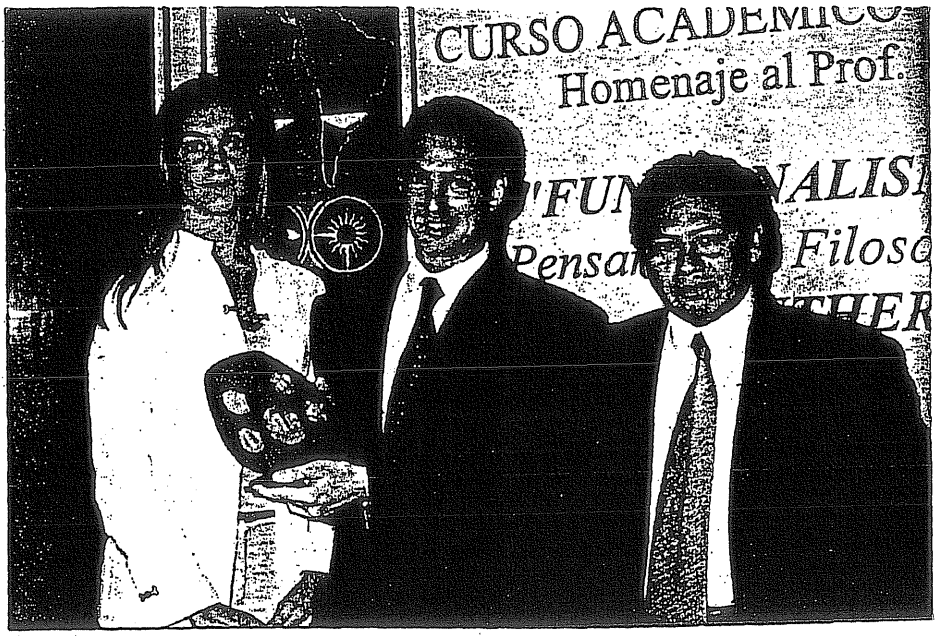
Prof. Dr. Carlos Daza



Drando. Miguel Polaino-Orts



Prof. Dr. Carlos Suárez González



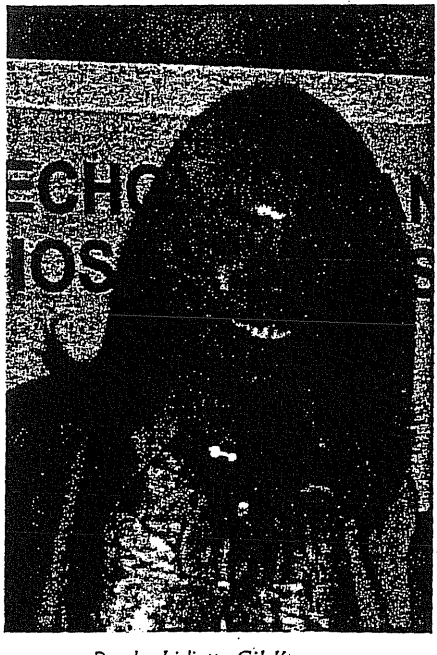
De izquierda a derecha: Drnda. Eloisa Quintero, el ponente Prof. Dr. Javier Sánchez-Vera y Prof. Dr. Carlos Daza.



Profª. Drª. Pilar González Rivero.



De izquierda a derecha: Prof. Dr. Carlos Daza.
el ponente Prof. Dr. Yesid Reyes Alvarado y la Drnda. Eloísa Quintero.



Drnda. Lidiette Gil Vargas.



Drnda. Eloísa Quintero.



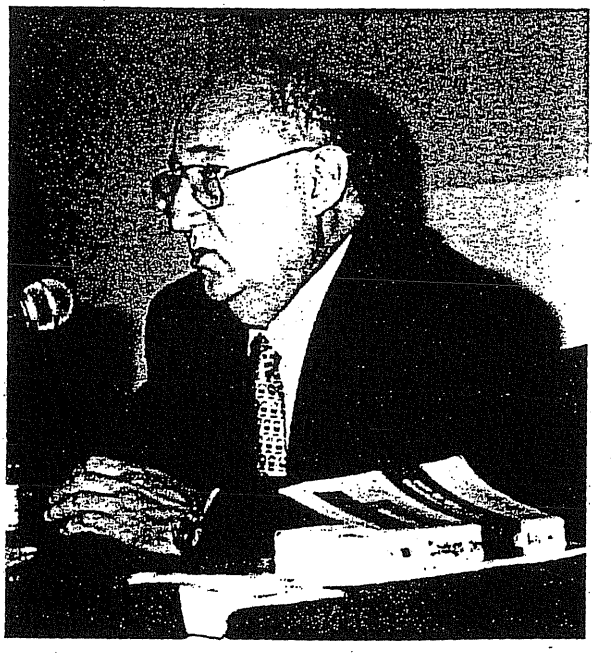
Prof. Dr. Dr. Marcelo Sancinetti.



Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá.



En primer plano, la ponenteProfra. Dra. Myriam Herrera Moreno; en segundo plano, el Profr. Dr. Carlos Daza.



Prof. Dr. Miguel Polaino Navarrete.



De izqda. a dcha.: Profs. Dres. Jakobs, Daza y Polaino Navarrete.



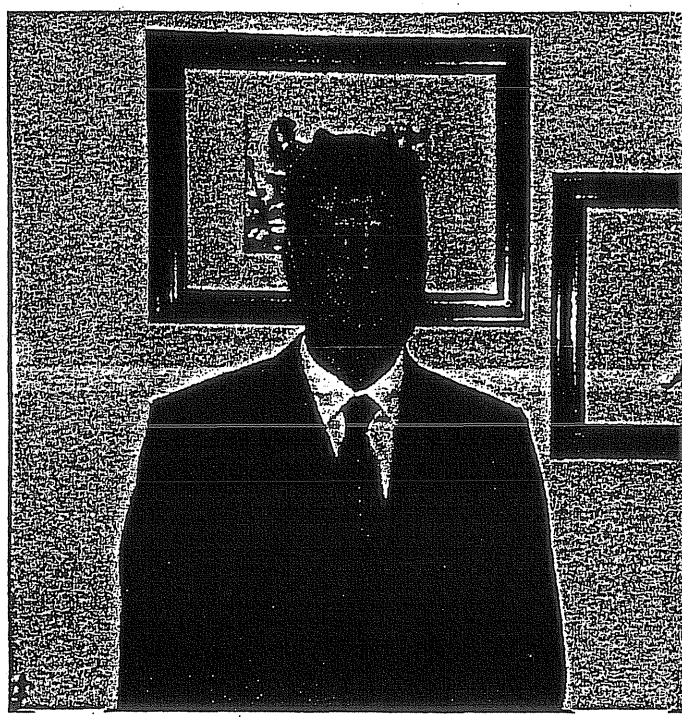
De izqda. a dcha.: Magistrado Dr. José Nieves Luna Castro, Prof. Dr. Carlos Daza, Dr. Günther Jakobs y Prof. Dr. Miguel Polaino Navarrete.



Dr. Jakobs junto a la Drnda. Eloisa Quintero.



De izqda. a dcha.: Prof. Dr. Günther Jakobs, Drndo. Miguel Polaino-Orts y Prof. Dr. Carlos Daza.



Prof. Dr. André Luis Callegari



En primer plano, el Prof. Dr. Jakobs, firmando una de sus obras. Detrás, el Prof. Dr. Polaino Navarrete.

Este libro se terminó de imprimir
en agosto de 2007,
el tiraje consta de 1 000 *ejemplares*
más sobrantes para reposición.