

¿NORMATIVISMO RADICAL O NORMATIVISMO MODERADO?*

Dr. Manuel A. Abanto Vásquez

1.- EL "FUNCIONALISMO" EN ALEMANIA

En el medio hispanoparlante se ha seguido con mucho interés la pugna de dos concepciones del Derecho penal que han recibido el apelativo de "funcionalistas" y "normativistas". A la concepción propugnada por ROXIN, conocida también como "funcionalismo moderado", se le suele oponer la de Günter JAKOBS, conocida como "funcionalismo radical"¹. Al utilizar tal terminología, da la impresión de que ambas teorías estarían fuertemente emparentadas. Pero ello no es así; es más, las diferencias son notables.

Para observar mejor estas diferencias y comprender las consecuencias a las cuales arriban ambos planteamientos, conviene exponer sus principales postulados. Esto se emprenderá a continuación, aunque, por cierto, de manera abreviada.

2.- LA SÍNTESIS DE ROXIN O "NORMATIVISMO MODERADO"

Como la propuesta de Claus ROXIN es, en la actualidad, ampliamente conocida, la exposición puede limitarse a la medida de lo neces-

* Artículo basado en la conferencia dictada en el marco del "VI Curso Internacional de Derecho Penal" el 05 de noviembre en la Universidad de Lima. Publicado en la Revista Penal (España), N° 16 (junio 2005), p. 3 y ss., en la Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 5 (2004), p. 17 y ss. y en la Revista de Derecho Penal 2006-1, Buenos Aires, p. 441 y ss.

¹ Véase una confrontación de ambas posturas en SILVA SÁNCHEZ, "Aproximación...", p. 68 y ss.

rio para la confrontación con las tesis del llamado “funcionalismo radical”.

2.1 Propuesta metodológica

Claus ROXIN² parte de la concepción de von Liszt, pero la trata de superar propugnando la penetración de la política criminal en el derecho penal. Es decir, en principio mantiene el sistema tripartito en la teoría del delito (división entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) por considerarlo un logro de la dogmática penal³. Pero a partir de aquí hace una revisión completa de la estructura del delito, incluyendo criterios de política criminal en todas las categorías. Según él, la dogmática penal debe cumplir con una doble finalidad: *seguridad y fiabilidad en la aplicación del Derecho penal y reducción de la intervención penal hasta los límites estrictamente necesarios por fines de prevención*.

Para ROXIN, las referencias ontológicas son tomadas en cuenta dentro del contexto normativo dado por la ley penal (p. ej. la causalidad en la “acción”), pero esta vinculación a lo ontológico sería relativa, pues no se traduciría automáticamente en un “deber ser” propio de lo jurídico; esto lo determinará el legislador en función de las propias necesidades del Derecho. Es por eso que en el Derecho un concepto que, en principio, significa lo mismo que en el mundo real podría tener una ampliación conceptual. P. ej. “arma” no es solamente un cuchillo o un revólver, sino cualquier otro objeto o animal cuando es usado como tal; “funcionario público” para el D. P. no solamente es quien está dentro de la carrera administrativa, etc.

² Una primera versión de sus tesis se publicó en Alemania en el compendio “Kriminalpolitik und Strafrechtssystem”, 1973 (publicado en español, en su segunda edición, en el año 2000) y en “Strafrechtliche Grundlagenprobleme”, 1973 (publicado en español bajo el nombre “Problemas básicos del Derecho penal” en 1976). Ya antes habían aparecido varios artículos suyos; el más famoso es el que contiene su crítica a la teoría final de la acción: “Zur Kritik der finalen Handlungslehre”, ZStW, tomo 74, p. 515-561. Entre las recientes exposiciones de sus tesis, pueden consultarse: “Strafrecht A. T.”, 145 y ss., 174 y ss.; y “Problemas actuales...”, p. 19 y ss., 49 y ss., así como los manuscritos de las conferencias dictadas en Bogotá y en Lima, en octubre y noviembre de 2004 respectivamente: “Protección de bienes jurídicos como tarea...” y “Protección de bienes jurídicos y libertad individual...”, ambos incluidos en la presente publicación (las citas de las páginas se refieren al texto manuscrito en su versión alemana).

³ ROXIN, “Kriminalpolitik und Strafrechtssystem”, p. 6 y s.

La tarea del Derecho penal sería la *protección de bienes jurídicos*. Este principio sería irrenunciable para limitar el poder estatal interventor. En contra de las críticas “finalistas” (p. ej. provenientes, sobre todo, de Hirsch y Stratenwerth) y del “funcionalismo sistémico” (Jakobs), que relativizan o niegan la importancia del concepto “bien jurídico”, ROXIN afirma la necesidad de una “teoría personal” del bien jurídico⁴. Si se parte de un Estado social y democrático de Derecho, en el sentido liberal de la ilustración, al Derecho penal solamente le podría corresponder garantizar, subsidiariamente, una coexistencia pacífica, libre y socialmente asegurada a los ciudadanos mediante la protección de ciertas circunstancias (Gegebenheiten) y objetivos (Zwecksetzungen). Por cierto que los bienes jurídicos no serían simples “portadores ideales de significado” sino “circunstancias reales”, lo cual no quiere decir que tengan que ser objetos corporales, sino solamente “partes de la realidad empírica”. De esta manera se admiten, dentro del concepto “bien jurídico” tanto bienes individuales como también bienes de la generalidad, pero, estos últimos, sólo en la medida en que sirvan al ciudadano en particular⁵. Por último, el “bien jurídico” conservaría un “carácter crítico” frente al legislador, mostrándole los límites de su poder punitivo.

ROXIN admite que la concreción del concepto “bien jurídico” constituye una tarea ardua, pero afirma que ello no sería imposible. Siguiendo un procedimiento de exclusión⁶, se podría decir cuándo no existiría un “bien jurídico” tutelable penalmente. Eso ocurriría, p. ej. en caso de normas motivadas solamente por una ideología (p. ej. las expresiones críticas al régimen político); cuando la norma solamente describa el objetivo de la ley (mantener a la sociedad libre de drogas, excluir consideraciones comerciales de la donación de órganos, etc.); cuando se trate de simples atentados morales (la práctica homosexual libre entre adultos, el bestialismo, etc.); ante leyes exclusivamente simbólicas, o sea las que no son necesarias para la convivencia pacífica

⁴ ROXIN, “Rechtsgüterschutz als Aufgabe...”, p. 3 y ss., 7 y s. Respondiendo a las críticas, ibídem, p. 16 y ss.

⁵ ROXIN, “Rechtsgüterschutz als Aufgabe...”, p. 7 y s.

⁶ Ver la exposición más amplia de esto en ROXIN, “Rechtsgüterschutz als Aufgabe...”, p. 9 y ss., 14; “Problemas actuales...”, p. 25 y ss.

pero siguen fines extrapenales; en caso de bienes extremadamente abstractos (p. ej. la perturbación de la paz pública), etc.

2.2 Consecuencias en la dogmática penal

Al “abrir” la dogmática penal a finalidades de política criminal se obtendrían soluciones a una serie de entrapamientos en los que había caído la doctrina con las tesis causalistas y finalistas; además, se conseguiría una explicación plausible a las soluciones en forma de “parches” que se habían dado anteriormente.

- 1.- La *tipicidad* tendría la función de cumplir con el principio “nullum crimen sine lege”, y ello tanto en el sentido de proteger al delincuente de la arbitrariedad como a las potenciales víctimas de los delitos⁷. Y para ello se parte de la base legal (el tenor) para entender luego, empleando criterios de “imputación objetiva”, cuáles de todas las conductas que podrían ajustarse al tenor literal realmente implican un “riesgo” para el bien jurídico.
También la *autoría* y la *participación* serían accesibles al análisis político-criminal. Pues solamente puede cumplir con el principio de legalidad, la interpretación en el sentido de la existencia de “delitos de dominio” (donde regiría la teoría del “dominio del hecho”) y “delitos de infracción del deber (donde no interesaría el dominio del hecho).
- 2.- La *antijuricidad* tendría la función de regular en la disputa entre intereses y contraintereses. En esta “ponderación de intereses” habrán intereses que socialmente tengan preponderancia frente a otros. Por eso, p. ej. en el estado de necesidad justificante, la preservación de un interés podrá ser “justificado” frente al sacrificio de otro interés de menor jerarquía.
- 3.- En la *culpabilidad* –según Roxin, “responsabilidad penal”- se trataría de decidir, sobre la base de la imputabilidad (la

⁷ ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, cap. 7, n. marg. 55.

“culpabilidad” en sentido escrito”) cuándo, bajo circunstancias referidas a la persona o a la situación, existirían supuestos que lleven a una falta de “necesidad de pena”. En primer lugar, no interesaría probar, en la culpabilidad, la realidad empírica de la libre voluntad (ello sería imposible en la práctica), sino –dejando esta discusión para la filosofía o la teología– solamente la “asequibilidad normativa” de la persona, es decir, si podía determinarse por motivos⁸. Pero sobre esta “culpabilidad”, como base ontológica, como condición de la pena, jugarían un papel importante una serie de criterios basados en la “prevención especial”⁹. No es que la “culpabilidad” por sí sola atraiga hacia sí una pena de manera automática; esto sería aplicar “retribución” cuando lo que interesa es, funcionalmente, asegurar una pácifica vida común y una base segura para la existencia de los ciudadanos. Por ello, si lo que interesa es prevenir conductas insoportables socialmente (delitos), la culpabilidad no siempre deberá acarrear la imposición de una pena, sino solamente servir de “medida”: la culpabilidad es requisito necesario de una pena, pero no exige que ésta sea impuesta y, además, la pena que sí se imponga puede quedar por debajo de dicha medida o ser reemplazada por otras sanciones cuando lo exijan o permitan razones preventivas (generales y/o especiales)¹⁰.

2.3 Teoría de la pena

Fiel a su perspectiva político-criminal, ROXIN sigue una *teoría unificada* de la pena, según la cual la pena cumpliría “funciones” específicas, aparte de las que pueda tener desde perspectivas extrapenales. Y estas funciones se darían de manera diferenciada según las distintas etapas que van desde la conminación penal hasta la ejecución misma de la pena¹¹:

⁸ ROXIN, “Dogmática penal...”, p. 175.

⁹ ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, cap. 19, n. marg. 9; ver también “Dogmática penal...”, p. 174 y ss.

¹⁰ ROXIN “Dogmática penal...”, p. 176 y s.

¹¹ Cfr. ROXIN en “Problemas básicos”, p. 11 y ss., y “Dogmática penal”, p. 32 y ss., 174 y ss.

- 1.- Al momento de vincular una conducta determinada con una sanción penal, esta *amenaza de pena* tendría una *función preventivo-general* con el objetivo de tutelar bienes jurídicos.
- 2.- En la fase de la *imposición y medición de la pena*, también tendría cabida la *prevención general* pues la sanción penal que se busca imponer no implicaría primariamente un beneficio para el delincuente sino para la sociedad, en cuanto busca el mantenimiento de la paz social. Pero también tiene espacio la *proporcionalidad* (elemento de la "retribución") en cuanto la culpabilidad del autor deba servir de medida para el límite máximo de la pena que se vaya a imponer, aunque el legislador pueda prever casos en los cuales, por razones de *prevención especial* (posibles efectos negativos de la pena para la resocialización), la pena efectiva pueda quedar incluso por debajo de la culpabilidad.
- 3.- Por último, durante la *ejecución de la pena*, solamente se justificaría la "prevención especial" en el sentido de *resocialización*, pero enmarcada dentro del marco previo de protección de bienes jurídicos y de respeto al principio de culpabilidad. La "culpabilidad" funcionaría aquí como medida de la pena, es decir, como limitación de la duración de la "pena preventiva"¹². En algunos casos, no siempre la pena podrá ni deberá tender a la resocialización; cuando ésta no sea necesaria, el Juez podrá imponer la pena por motivos *preventivo-generales*; y cuando no sea necesario ni lo uno ni lo otro, incluso podrá exonerar de pena.

2.4 Crítica a Roxin

El sistema "teleológico-funcionalista" de Roxin ha recibido críticas de muchos sectores doctrinales¹³. Sobre todo se le reprocha la *pérdida de científicidad* debido a que propugna un sistema abierto. Con esto, constituiría una fuente de inseguridades y propiciaría la arbitrariedad. Además, como las finalidades de política criminal son diferentes según las sociedades, se tendería así a un *nacionalismo jurídico*. También se

¹² ROXIN, "Strafrecht A. T.", tomo 1, cap. 3, n. marg. 8.

¹³ Ver la recepción y respuesta a las críticas más generales en ROXIN, "Problemas actuales...", p. 58 y ss.

critica que la introducción de estas finalidades llevaría a la *confusión de las categorías* y, en última instancia, a *meras imputaciones* como las que se dieron en las etapas más antiguas del Derecho penal.

En defensa de las tesis de ROXIN se puede decir que, desde que se concibe el Derecho penal como sistema abierto a consideraciones de política criminal, se deben reelaborar los conceptos con profundidad. Pero aunque ello no deje de parecer arbitrario en el momento de transición en el cual vivimos, no tiene por qué llegar a un resultado arbitrario. Es más, no es nada arbitrario hacer perder su “neutralidad” al Derecho penal y ponerlo al servicio de la sociedad y del individuo mediante su limitación con base en garantías de política criminal; lo arbitrario sería no hacerlo.

LAMPE critica la “exclusividad” y “preeminencia” de las finalidades político-criminales que Roxin sostiene. Según aquél, estas finalidades solamente podrían “completar” un esquema sistemático basado primordialmente en una ontología social y personal, y fundado científicamente en las funciones que la “pena” tenga en la vida social¹⁴. La preeminencia de la “función preventiva” podría fundamentar una utilidad racional desde los fines perseguidos, pero no la defensa de la pena desde la racionalidad valorativa y por ello tampoco podría –en contra de lo que afirma Roxin– imponerse en la sociedad¹⁵. Y tampoco encuentra explicación de por qué el “principio de culpabilidad” debería tener una función limitadora de la pena¹⁶. La alternativa que él ofrece es, sin embargo, poco convincente: no otorgar preeminencia a ninguna de las funciones y dejar al legislador y al juez que ponderen y combinen todas ellas para obtener un resultado óptimo¹⁷. En contra de lo que asegura

¹⁴ LAMPE, “Zur funktionalen Begründung...”, p. 47, 51.

¹⁵ Siguiendo en esto a Schünemann, ver LAMPE, “Zur funktionalen Begründung...”, p. 51.

¹⁶ Pues no podría fundamentarse en un “carácter liberal” (ello es propio de todo aquello que limite la pena) ni tampoco en el “merecimiento de pena” (de esto también se derivaría la prevención). Ver LAMPE, “Zur funktionalen Begründung...”, p. 52 y s. Independientemente de que lo primero sea cierto o siquiera necesario que se discuta, la última crítica se dirige a lo esencial, y allí Lampe no acierta pues la “prevención” no se deriva del “merecimiento de pena”, sino de la “necesidad” de pena.

¹⁷ LAMPE, “Zur funktionalen Begründung...”, p. 52 y s.

LAMPE¹⁸, su propuesta llevaría a un vaivén inseguro entre los distintos fines de la pena en el cual no puede bastar un “método unificador” para dar seguridad si previamente se concede tanta libertad a los operadores del Derecho¹⁹.

LAMPE critica también el empleo que hace Roxin de la categoría “responsabilidad penal”, pues ello sería “inconsecuente” e “innecesario”; “inconsecuente” porque no aplicaría el análisis funcional a la culpabilidad misma, “innecesario” porque la culpabilidad sí podría entenderse funcionalmente como consecuencia de un delito (y dentro de esto el deber de prevenir y el deber de soportar la pena) y no solamente como “causa” de éste²⁰. Sin embargo, la primera crítica no es correcta y la segunda es discutible. No es cierto que Roxin sea inconsecuente al hablar de “responsabilidad penal”, sino lo contrario: ante la tradición de identificar el núcleo ontológico de la categoría (imputabilidad) con la “culpabilidad”, él prefiere (funcionalmente) emplear otro término (responsabilidad penal) que abarque tanto lo ontológico (la culpabilidad como se entendía tradicionalmente) como lo funcional (elementos que, pese a la culpabilidad, excluyen la pena por razones preventivas). Por cierto que, como dice el mismo Roxin, el uso terminológico es electivo; también se puede permanecer con el término “culpabilidad”, siempre que se entienda que contiene tanto un núcleo ontológico como, sobre esta base, elementos funcionales. La discusión que inicia Lampe, es pues, meramente terminológica.

En todo caso podría criticarse que Roxin no haya incluido la perspectiva de la víctima en su concepto de “responsabilidad penal”. Ciertamente debe tomarse como base lo ontológico, la culpabilidad, pero no se entiende por qué solamente se deba tomar, a partir de allí, sólo la “prevención” para decidirse por la imposición de la pena o reemplazarla por otras medidas.

¹⁸ LAMPE, “Zur funktionalen Begründung...”, p. 52. Más adelante, el autor aclara su “método interpretativo según las consecuencias” de la siguiente manera: el juez estaría obligado a interpretar “restrictivamente” el tipo cuando le parezcan inapropiadas las implicancias político-criminales de las consecuencias jurídicas del tipo penal para el ámbito marginal comprendido por el tenor legal; y sería obligatoria una interpretación “extensiva” hasta los límites de la analogía cuando los objetivos político-criminales del legislador lo exijan. Ver *ibidem*, p. 54.

¹⁹ ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, cap. 3, n. marg. 35 y ss.

²⁰ LAMPE, “Zur funktionalen Begründung...”, p. 49 y s.

STRATENWERTH dirige su crítica, en general a todo “funcionalismo” que recurra a “funciones preventivas” para fundamentar la pena²¹. Según él, todo tipo de “prevención” no puede ser confrontada con resultados empíricos porque nuestro conocimiento sobre los efectos de la pena serían muy limitados y ello no permitiría deducciones serias; todo lo que se diga al respecto no pasaría de ser una mera afirmación. Pero esta crítica desatiende la diferencia entre los planos del “ser” y del “deber ser” pues el Estado, en su libertad de configuración, sí puede legítimamente otorgar funciones normativas a la pena aspirando a que estas se cumplan, haciéndose por lo demás controlable en la medida en que cumpla estas aspiraciones²²; otra cosa sería que, con la pena, ni siquiera se busque una finalidad social. Por lo demás, en el Derecho penal existen otros ámbitos donde se ha impuesto desde hace tiempo y de manera indiscutible una solución “funcionalista” en el sentido propugnado por Roxin; p. ej. en la “amnistía, el “indulto” o en la aplicación del “principio de oportunidad”²³.

Desde el “funcionalismo sistémico” también se puede criticar a Roxin y, en general a la dogmática penal tradicional, por encontrar dificultades a la hora de fundamentar la punibilidad de una serie de conductas propias de un mundo moderno, altamente anónimo y tecnologizado. En especial resulta patente esto en el campo de los llamados “delitos económicos”, donde, p. ej. se plantea la cuestión de la “responsabilidad penal de personas jurídicas”, así como la fundamentación dogmático-penal de la punibilidad de figuras como la “contaminación ambiental”, el “abuso de posición dominante en el mercado”, etc. La respuesta a este desafío del mundo moderno ha sido muy variada y va desde el rechazo de carácter penal de estas nuevas figuras (solamente constituirían un ilícito administrativo) hasta su plena punibilidad dentro del Derecho penal, sea con el instrumental disponible, sea mediante un sistema de Derecho penal dual o de “dos velocidades”, e incluso la creación de un nuevo Derecho empresarial con principios propios. En todo caso, ROXIN sigue apostando por una simple reformulación de la

²¹ STRATENWERTH, “Was leistet die Lehre...”, p. 9 y ss.

²² Ver la contracrítica de LAMPE (que en otros aspectos critica, sin embargo, a Roxin y a Jakobs), p. 53 y ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, cap. 7, n. marg.24, nota 31.

²³ LAMPE, “Zur funktionalen Begründung...”, p. 53 y s.

“teoría de los bienes jurídicos” para abarcar, dentro del Derecho penal, estos nuevos desafíos²⁴. Esta es una opción como las demás y tiene que ser confrontada con los desarrollos futuros en la sociedad y el Derecho.

En resumen, salvo la crítica dirigida por el “finalismo”, como extremo ontologicista²⁵, por un lado, y el “funcionalismo radical”, como extremo normativista, por el otro, el resto de la doctrina penal no suele criticar tanto el método elegido por Roxin como más bien los detalles y soluciones individuales a distintos problemas de dogmática-penal. Ello se explica por el hecho de que, en lo metódico, ROXIN respeta la distinción entre “ser” y “deber ser”, o sea, sin abandonar la realidad social, otorga al Derecho penal una serie de finalidades preventivas controlables y construye, sobre esa base, una teoría del delito imbuída de estas finalidades y, por lo tanto, abierta a valoraciones para la solución de casos prácticos. Para él, al igual que para la doctrina aún dominante, el “ser” no puede sustituir al “deber ser”; éste último limitaría al primero mediante criterios valorativos y principios como, entre otros, el de “lesividad” (protección de bienes jurídicos) y el de las “finalidades preventivas”²⁶.

ROXIN mismo reconoce que la dogmática “funcional” que él defiende todavía está en vías de imponerse definitivamente en la elaboración de un sistema total plenamente trabajado. Ello se debería, en parte, a que todavía no se ha terminado de desarrollar el sistema final-racional, aunque también advierte que no deberían sobrevalorarse (al extremo de hablar de “escuelas rivales”) las divergencias de los nuevos sistemas

²⁴ Cfr. ROXIN en “Problemas actuales de dogmática penal”, p. 19 y ss., 49 y ss.

²⁵ La crítica del “finalismo” se dirige a toda corriente funcionalista (o sea, también a la de Jakobs) a la cual reprocha sobre todo su falta de vinculación con conceptos ontológicos que “vinculen” estrictamente al intérprete. Ver refs en ROXIN, “Strafrecht A. T.”, p. 155, nota 31; también en “Problemas actuales...”, p. 59 y s. En el área hispanoparlante ver MORENO HERNÁNDEZ, p. 594 y ss.

²⁶ ROXIN entiende su teoría como una continuación y reformulación de las concepciones neokantianas y neohegelianas, aparecidas entre las dos guerras mundiales, las cuales no habían sido suficientemente desarrolladas en los sistemas neoclásicos y habían sido desnaturalizadas en la época nazi. “La continuación consiste sobre todo en reemplazar la algo vaga orientación neokantiana en valores culturales por un parámetro de sistematización específicamente jurídico penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena”. Ver “Strafrecht. A. T.”, p. 154 y ss., n. marg. 24 y ss., esp. n. marg. 25. De manera general, aporta esta fundamentación desde la perspectiva filosófica y sociológica, ALCÁCER, p. 229 y ss.

penales, pues todos ellos se encontrarían en una misma línea de desarrollo continuo de va desde el naturalismo hasta la época actual²⁷.

3.- EL NORMATIVISMO RADICAL DE JAKOBS

3.1 Propuesta metodológica: sociedad, norma y Derecho penal

Para comenzar, JAKOBS se basa en la necesidad de entender el *Derecho como parte de un sistema social*; por tanto según él, el Derecho y el Derecho penal sólo podrían ser explicados acertadamente tomando en cuenta conceptos y conocimientos provenientes de este sistema social y de la función de la normatividad jurídica (perspectiva externa), pues los conceptos exclusivamente penales (perspectiva interna) no bastarían para ello²⁸. Por cierto que el Derecho penal y la sociedad estarían vinculados en una relación de interdependencia: la sociedad puede exigir al Derecho penal que asimile nuevos problemas sociales mientras el “sistema jurídico” no alcance la complejidad adecuada (con lo que el D. P. Quedaría ampliamente “abierto” a la creación de nuevos tipos penales), pero el Derecho penal también podría incidir en la sociedad para recordarle que deberían respetarse determinadas máximas indisponibles²⁹. Y no se podría esperar más del Derecho penal; es decir, no podría constituir la base de una “revolución social”, aunque, como parte de la sociedad tampoco pueda ser degradado a un “mero lacayo”³⁰.

Por otro lado, la “sociedad” no sería un concepto “globalizado”; se constituiría dentro de un “Estado” (que es el que administra la pena pública) como una unidad con un ordenamiento normativo, determinando quien es miembro de esta sociedad en función de una serie de criterios (en especial, ciudadanía y territorialidad)³¹. Solamente para estos “miembros” de la sociedad constituida en Estado regirían las normas que lo

²⁷ ROXIN, “Strafrecht A. T.”, p. 157, n. marg. 30.

²⁸ Según JAKOBS, la vinculación con esta “perspectiva externa” habría ocurrido siempre en la dogmática penal, aunque de manera inconsciente y, por eso, inconsecuente, a través de la búsqueda de lo “justo”; p. ej. en la “imputación objetiva”. Ver JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 22 y s., 38.

²⁹ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 23 y s.

³⁰ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 24.

³¹ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 71 y s.

conforman; y ello ocurriría en la medida en que los miembros vivan de acuerdo con estas normas. La consecuencia de esto es que, si los miembros no vivieran de conformidad con ellas, no habría legitimidad para sancionarlos, así como tampoco habría legitimidad cuando determinada sociedad tratara de sancionar a miembros de otra sociedad (aunque ésta sea una dictadura) sobre la base de normas propias de la primera³².

La "sociedad" existiría cuando se llegara a garantizar un *contexto de comunicación* mediante "normas" (y no mediante "estados" o "bienes", los cuales solamente serían "reflejo de la norma"). Luego, para que la sociedad subsista, el "contexto de comunicación" debería ser mantenido igual frente a modelos divergentes³³; esta protección del "contexto de comunicación", o sea de las normas que lo configuran, se produciría, entre otras formas, mediante el Derecho penal. La *protección de normas* no se dirigiría a todo tipo de ellas, sino solamente a aquellas que necesiten una "estabilización especial" por no estar suficientemente aseguradas por "vía cognitiva". A diferencia de estas, existen normas del mundo racional que todos "conocen" y, mayoritariamente, aceptan (p. ej. las provenientes de las ciencias naturales), y que no necesitarían "estabilización" alguna mediante protección legal, pues, en caso de no ser aceptadas, el sujeto declararía su "incompetencia" y sufriría las consecuencias "naturales" que acarrear su inobservancia (caída de una casa, falta de lluvia pese a ser invocada por un brujo, etc.). En cambio, las normas constitutivas de la sociedad, que no están dadas previamente sino son elaboradas, tendrían carácter contingente. Estas normas serían disponibles subjetivamente (para el individuo podría ser preferible infringirlas) y por ello (para evitar la disponibilidad) deben ser "estabilizadas", su vigencia debe garantizarse, a través de una sanción³⁴.

Las *personas* serían diferentes de los "individuos" (y de los "excluidos") en cuanto a que, a diferencia de los últimos, admitirían roles socia-

³² JAKOBS ofrece como ejemplos: el intento de crear un Tribunal Internacional de protección de Derechos humanos en una comunidad internacional y el juzgamiento penal, por parte de la República Federal alemana, de violaciones a los derechos humanos cometidos en la extinta República Democrática Alemana; ver "Bases para una teoría funcional...", p. 73 y s.

³³ JAKOBS, en "Bases para una teoría funcional...", p. 25.

³⁴ JAKOBS, "Bases para una teoría funcional..." , p. 25 y s., 154 y s., respectivamente; "Der Zweck der Vergeltung...", p. 264 y s.

les; es decir, en un mundo ordenado normativamente, las "personas" tendrían deberes y derechos, reconocimiento como "ciudadanos plenos", o sea tendrían "competencia" para comunicar normativamente³⁵. Entonces, según la terminología de JAKOBS, no podría ser "persona" cualquier "individuo", sino solamente quien tenga un "rol" (papel), o sea una "competencia socialmente comprensible", quien ostente "capacidad jurídica". La consecuencia de esta distinción es decisiva para el Derecho³⁶: un "individuo" no podría transmitir a otro directamente su "subjetividad" sino solamente a través de "manifestaciones", es decir de manera "objetivada". Pero para que esta "transmisión de subjetividad" pueda constituir una "comunicación" válida para todos los demás, debe existir antes un "patrón", o sea un "sistema vinculante" conocido por todos. Y para que este "patrón" pueda crear orden, debe basarse en "estructuras objetivas", o sea en las que provee el Derecho. Y el Derecho se refiere a "personas" con *competencias*, o sea con un *rol* determinado.

Entonces, según Jakobs, una vez asignados los roles existiría la *expectativa normativa* de que los sujetos (personas) cumplan con sus roles, que no los quebranten o traten de asumir otros roles que no les competen; si defraudaran esta expectativa, el Derecho debería "estabilizar el sistema" y reafirmar la vigencia de la norma, es decir mantener la expectativa imputando el curso perturbador al responsable³⁷. Así, en el Derecho penal, la "imputación objetiva" permitiría definir específicamente cuándo se ha producido una "defraudación de expectativas", o sea cuando la persona ha quebrantado su rol³⁸.

³⁵ Especialmente sobre el concepto de persona, últimamente, ver JAKOBS, "Personalität und Exclusion...", p. 448 y ss.; "Der Zweck der Vergeltung...", p. 253 y ss.; "Staatliche Strafe...", p. 40 y ss.

³⁶ JAKOBS, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional", en "Bases para una teoría funcional...", p. 38 y ss.; también, haciendo un paralelo con Kant, quien habría usado una distinta terminología (distinción entre el sistema causal de la naturaleza y el sistema social del deber-ser) para expresar, en el fondo, lo mismo, en "Sobre la normativización...", p. 16 y ss.

³⁷ Aquí se manifiesta la diferenciación entre "normas del mundo racional" y "normas constitutivas de la sociedad" que se hizo antes; para las primeras solamente existirían "expectativas cognitivas" y habría "autoestabilización" cuando fueran quebrantadas, para las segundas habrían "expectativas normativas" inestables que necesitan ser reforzadas socialmente. Ver JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 18 y ss., 20 y s.; "Der Zweck der Vergeltung...", p. 264 y ss.

³⁸ JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 40.

Visto de otro modo, dentro de una sociedad, la *comunicación* entre sus miembros podría darse de dos formas³⁹: como *comunicación instrumental* y como *comunicación personal*; solamente en este último caso se podría hablar de “personas”, y solamente ellas serían destinatarias del Derecho y del Derecho penal. Esto sería así porque en la comunicación instrumental los individuos actuarían sólo conforme al esquema satisfacción/ insatisfacción, donde ellos se consideran a sí mismos como “centro preferencial”. En cambio, en la “comunicación personal” el sujeto aceptaría “normas” para la comunicación con los otros, y por lo tanto se concebiría a sí mismo también a través de estas normas. Luego, solamente la “comunicación personal” podría dar lugar a “expectativas normativas” que son la base del funcionamiento del sistema social. Pero esto no querría decir que en una sociedad no puedan existir ambos tipos de comunicación; ello podría ocurrir de distintas maneras; es más, en una sociedad que exacerbara la “pluralidad” se tendería cada vez más a la “comunicación instrumental”, con lo cual nos convertiríamos cada vez más en “elementos de la naturaleza” (salvajes)⁴⁰. Por cierto que la “persona” que haya infringido la norma cometiendo un delito, en principio, no dejaría de ser “persona” en el sentido “formal” pues el Estado, a través de la pena como reducción de libertades, no “excluiría” al delincuente sino precisamente confirmaría este status de persona (sujeto que comunica) demostrando, eso sí, con la pena que lo que ésta ha hecho no sería preponderante⁴¹.

3.2 Consecuencias para la teoría del delito

Para el Derecho penal JAKOBS propone lo siguiente:

a) El *concepto penal de acción* debería combinar “sociedad” y “Derecho penal” y, por lo tanto, en una sociedad moderna⁴², solamente

³⁹ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 48 y ss.

⁴⁰ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 49.

⁴¹ JAKOBS, “Personalität und Exclusion...”, p. 452.

⁴² JAKOBS no excluye que, según el tipo de sociedad de que se trate, exista un “concepto de acción” distinto; así la acción como “responsabilidad por el destino” (nivel más amplio de la “responsabilidad objetiva”) se correspondería funcionalmente (y razonablemente) con un tipo de sociedad antigua donde la imputación penal se basaría en la defraudación por la “desgracia de la existencia” del infractor (involuntario); ver

podría ser “acción” lo “socialmente inadecuado” cometido por una persona “responsable”⁴³. “Acción” y “culpabilidad” estarían estrechamente ligados en una teoría funcional⁴⁴ pero, como lo que interesa es la “infracción de la norma” que se pueda “imputar” a una “persona”, el “injusto” no pasaría, en realidad, de ser un “concepto auxiliar”. Tendría autonomía como presupuesto “lógico” de la culpabilidad (la culpabilidad presupone la existencia de normas que deben ser conocidas antes), pero solamente expondría una parte del problema: la “lesión de la norma”⁴⁵. Esto se demostraría ya por el hecho de que el Derecho penal no reacciona frente a todo injusto; recién con la vulneración “culpable” de la vigencia de la norma se cristalizaría la finalidad de la pena⁴⁶.

b) La *imputación objetiva* vendría a ser, consecuentemente con lo anterior, la constatación de la competencia por la infracción de la norma. No sería un concepto adicional de la “acción” como lo entiende la doctrina dominante, pues la “acción”, en sentido funcional, solamente podría ser entendida, desde el principio, como una “causación imputable” en el sentido de una “toma de postura relevante en el plano de la comunicación, una expresión de sentido comunicativamente relevante”⁴⁷, y la conducta imputable, correctamente entendida, sólo podría ser algo “socialmente inadecuado” que, como acción en sentido funcional incluiría ya la “evitabilidad” y la “culpabilidad”⁴⁸.

JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 80 y ss. En tal medida, la existencia de un concepto jurídico-penal de “acción” dependería del estadio de desarrollo de la sociedad “y no de una pretendida configuración inmutable de la naturaleza o del ser humano”; ídem, 81.

⁴³ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 77 y ss., 106.

⁴⁴ “Sólo quien vulnera la norma de comportamiento siendo responsable, esto es, siendo culpable, vulnera *esta* norma, y en *esta* vulneración de la norma es en donde cristaliza la finalidad de la pena, porque es *esta* vulneración de la norma la que constituye la lesión de la vigencia de la norma” (la cursiva es del original); JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 105.

⁴⁵ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 104.

⁴⁶ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 104 y s. Es por eso que JAKOBS afirma que un “injusto sin culpabilidad” sería igual, desde la perspectiva funcional, que la “falta de injusto”: en ambos casos se trataría de “naturaleza”; ver ídem, p. 104, nota 40.

⁴⁷ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 93.

⁴⁸ Cfr. JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 107.

Lo que se estaría discutiendo actualmente bajo el concepto de "imputación objetiva" no sería otra cosa que una "precisión de la controversia relativa al concepto de la acción"⁴⁹. El concepto tradicional que entiende la acción como un "proceso bio-psicológico" solamente describiría lo que acontece en el ámbito de la naturaleza, o sea, lo que no tendría relevancia jurídica⁵⁰. Ya concretamente, en el análisis del delito, se toma ciertamente como punto de partida a la causalidad en el sentido científico-natural dado que en el mundo moderno de libertades, tal causalidad ha obtenido una atribución de sentido por la sociedad; en tal medida, tal causalidad, como "elemento" de la imputación solamente "marca los límites máximos de una posible vinculación entre persona y efecto externo", pero todavía se necesita precisar cuando existiría verdaderamente una "falta de fidelidad al ordenamiento jurídico en la planificación de la conducta" (o sea, una infracción del deber o, por último, de la responsabilidad), la cual se determinaría tomando una serie de criterios de "imputación objetiva"⁵¹. JAKOBS reconoce los siguientes: superación del riesgo permitido, (conducta incorrecta), actuar a propio riesgo (competencia de la víctima), prohibición de regreso (competencia de terceros)⁵².

c) Con esta concepción funcional de la "acción" también perdería importancia la distinción entre *acción y omisión*, pues en ambos casos se trataría de la "atribución de un suceso" a un ser humano que "comunica" en la sociedad, o sea a una "persona"⁵³. Desde que se entiende funcionalmente a la "persona", dentro de la sociedad, como un sujeto con "competencias" que no debe configurar la realidad en ámbitos donde otros están autorizados para hacerlo (arrogarse ámbitos de organización) ni defraudar expectativas que derivan de determinados "roles" que ellos ostentan (lesión de una institución), el elemento tradicional de la "omisión" de la "posición de garante" también existiría en la "comi-

⁴⁹ JAKOBS, "Bases para una teoría funcional" ..., p. 93.

⁵⁰ JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 93.

⁵¹ JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 33 y ss., 43 y s.

⁵² JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 38 y s.

⁵³ JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 93 y ss.

sión”⁵⁴. Tanto en la “comisión” como en la “omisión” lo que interesaría sería “imputar” a “personas” que, por ser tales, serían “garantes” de que se observen determinados “deberes”; precisamente el hecho de que estos sujetos tengan a su cargo el respeto de tales deberes, determinaría su carácter de “personas”; si no, pertenecerían al ámbito de la naturaleza⁵⁵. La única diferencia que existiría entre “comisión” y “omisión”, desde la perspectiva normativa, no estaría en la conducta en sí como “defraudación de expectativas” sino en el “deber” al cual se refieren: en el caso de la “comisión” la defraudación se dirigiría a un “deber negativo” (de no arrogarse competencias ajenas), en la “omisión”, a un “deber positivo” (expectativa de ayudar a otros)⁵⁶.

A partir de esta diferenciación de “deberes”, JAKOBS desarrolla los grupos de casos de delitos según la “infracción de deberes”. En el caso de la *infracción de deberes negativos*, donde se trataría de “no lesionar a otro”, la responsabilidad penal devendría, por un “actuar”, cuando mediante “movimientos corporales” se vulnera el “deber de aseguramiento en el tráfico” (el sujeto es responsable por las consecuencias de su “autoad-ministración”); y por un “omitir”, cuando dicho “deber de aseguramiento” esté vinculado a un “ámbito de organización” (deber de no permitir un “output lesivo” de una organización; deber proveniente de la “asunción”, o sea de prestar una protección “asumida” previamente; deber proveniente de la “ingerencia”, o sea de reponer la disminución de la protección que se ha impuesto a otro)⁵⁷. Y en el caso de la *infracción de deberes positivos* (deberes propios de la evolución cultural de la sociedad) se trataría de conductas de no prestar “aportaciones positivas de solidaridad” cuando tal aporte era exigible a los titulares del deber; tal sería el caso de los deberes del Estado y de sus funcionarios, los deberes de los padres frente

⁵⁴ Reconociendo aquí un paralelo con la distinción que ROXIN hace entre “delitos de dominio” y delitos de “infracción del deber”, “Bases para una teoría funcional”, p. 94 y s., esp. nota 32.

⁵⁵ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 95 y s.

⁵⁶ JAKOBS, “Sobre la normativización ...”, p. 29 y ss., 43, 65 y s., 101 y ss.

⁵⁷ JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 102 y ss., 133.

a sus hijos menores de edad, y otros casos de “confianza especial” ante “roles irrenunciables”⁵⁸.

Por lo demás, el portador de un “deber positivo” también puede infringirlo, más allá de una mera omisión, mediante un aporte positivo; y cuando lo haga siempre será “autor” de la infracción del deber y por lo tanto del delito (delito de “infracción del deber”), sin importar la forma específica de su infracción (de propia mano o mediante una colaboración con otros)⁵⁹.

d) Dado que la “acción” indicaría una “falta de reconocimiento de vigencia de la norma”, no se precisaría, dentro del concepto, un *resultado externo* en el sentido tradicional de “desvalor del resultado”. Mejor dicho, el “resultado” que sí se necesitaría sería uno que produjera la “objeti-vación” de tal “expresión de sentido”: la “persona” tendría que expresar de algún modo reconocible para los demás que para ella la norma no rige; cualquier otra consecuencia que derive de esta conducta objetivadora solamente incrementaría “cuantitativamente” la objetivación⁶⁰.

e) La *tentativa* debería ser entendida “objetivamente” como conduc-ta “perturbadora” que sale del “ámbito interno” de la persona y no es ya controlable por ella; para ello no sería necesario analizar primero la subjetividad del autor: recién “una conducta externa que perturba permite la pregunta acerca del contexto interno”⁶¹. La doctrina dominante procedería al revés, haciendo predominar la “parte subjetiva” del

⁵⁸ JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 123 y ss., 133. Con esta sistematización, JAKOBS rechaza una serie de casos de “posición de garante” admitidos por la doctrina dominante, donde sin embargo, no existiría la “especial confianza” exigida para el “deber positivo”. P. ej. en el caso del “matrimonio” o el “vínculo no matrimonial”, JAKOBS argumenta que aquí se confundiría “intimidad” con “juridicidad”; lo único que importaría para determinar el “deber” (la posición de garante) sería la imputabilidad del rol de cuidar de otro, no que la comunidad sea estrecha o no; ver *ibidem*, p. 128 y s.

⁵⁹ JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 131 y s.

⁶⁰ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 97 y ss.

⁶¹ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 220.

hecho para definir la tentativa, pero ello supondría admitir un “control de los aspectos internos”, un “derecho penal del enemigo”⁶².

La “tentativa” sería punible, entonces, cuando el autor, de acuerdo con su comportamiento externo “comienza a arrogarse una organización”; recién con ello “se convierte en vinculante lo que subjetivamente quería expresarse”⁶³. En cambio, esta “arrogación” no existiría o sería insignificante en los casos de “falta de objeto” y de utilización de “medios inidóneos”, motivo por el cual –en contra de la ley alemana y de parte de la doctrina- debería haber impunidad en estos casos⁶⁴.

La doctrina dominante no propondría principios para explicar esta criminalización; el “comienzo” de la tentativa sería visto de manera muy variada según el delito que se trate; y tampoco se explicaría convincentemente la punibilidad de los actos preparatorios, ni de la “tentativa de participación” (punible según el art. 30 del C. P. alemán). Esta “carencia de principios” que llevaría a aceptar sin más anticipaciones de la punibilidad, se debería a una “tendencia a la subjetivización” retroalimentada por una “tendencia a la anticipación”, fomentada a su vez por razones “preventivo-policiales” y, sobre todo, la influencia de la teoría del “bien jurídico”⁶⁵. Al creer que sería legítimamente punible todo ataque peligroso contra un bien jurídico, se caería fuera de la esfera jurídica del “autor” y se le definiría solamente como “fuente de peligro” del bien jurídico, como “enemigo”, con lo cual no habrían ya límites (se podrían penar también los “pensamientos peligrosos” o las fuentes de estos). Un límite a esto solamente puede argumentarse “desde afuera” (límites externos); la teoría de bienes jurídicos no sería capaz de autolimitarse⁶⁶.

En cambio, si –como el funcionalismo sistémico hace- se partiera de una definición de “autor” como “ciudadano”, éste no sería considerado “peligroso” para los bienes jurídicos, se le reconocería “estatus mínimo”, un derecho a una esfera exenta de control (“ámbito interno”) del cual, por

⁶² JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 219 y s.

⁶³ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 224.

⁶⁴ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 223 y s.

⁶⁵ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 210 y s.

⁶⁶ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 211 y s., 247

lo demás, se podrían derivar límites contra las anticipaciones de punibilidad⁶⁷. Este “ámbito interno” no sería definido naturalísticamente (meros pensamientos, cuerpo del ciudadano) sino funcionalmente a partir de la concepción que se tenga de la sociedad y, dentro de ésta, según el ámbito de que se trate⁶⁸. Luego, en el Derecho penal, no solamente se trataría de los pensamientos de las personas, sino de toda su vida privada, o sea, conductas que, aunque naturalísticamente puedan ser vistas como externas, no concurren con la esfera privada de otra persona⁶⁹.

La *punibilidad de la tentativa* debería ser menor que la de la “consumación”, pero mayor que la de la conducta cometida bajo “imprudencia” o “error evitable”. Ciertamente, por su estructura parecería existir una similitud entre la “tentativa” y el “error” en el sentido de que el autor, en ambos casos, cree erróneamente que su conducta llevará a la realización de consecuencias típicas (la consumación) aunque luego ello no se produzca; luego, en ambos casos habría un “esbozo incompleto de la realidad”. Pero ambos casos deberían tener una respuesta penal distinta porque el significado del “error” sería distinto en cada caso: “... el autor imprudente demuestra que cuando no se tiene cuidado, se lesiona a los demás y también a uno mismo, mientras que el autor de la tentativa enseña que hay que tener más cuidado si se quiere delinquir con éxito”⁷⁰. La “comunicación” expresada en la tentativa justificaría, en principio, su mayor punibilidad en relación con el “error”, aunque también la posibilidad de su impunidad en caso de “tentativa inidónea”⁷¹.

f) También a partir del “funcionalismo” podría explicarse adecuadamente la punibilidad de otros casos de *criminalización en el estadio previo* a la lesión de bienes jurídicos: solamente debería ser punible lo que desborde el ámbito interno (pensamientos, conductas en el ámbito

⁶⁷ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 212.

⁶⁸ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 214, 247.

⁶⁹ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 214 y s.

⁷⁰ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 153.

⁷¹ JAKOBS afirma: “... la ignorancia inevitable de la inidoneidad del comportamiento para producir el resultado lleva al comportamiento cerca de la consumación, mientras que el error fácilmente evitable conduce al hecho más bien cerca del ridículo...”; “Bases para una teoría funcional...”, p. 153.

privado y conductas externas per se irrelevantes) y, también, implique un comportamiento “perturbador”; es decir cuando el autor “se arroga actualmente la configuración de ámbitos de organización ajenos”⁷². Esta arrogación ha existido cuando el sujeto se salga de su ámbito interno y la conducta realizada escape de su “capacidad de organización”, o sea ya no sea “dominable” por él⁷³.

De esta manera resultarían límites y críticas a la criminalización de una serie de conductas internas: los *actos preparatorios* (incluso si se realizaran entre varios con fines de cometer futuros delitos), la “tentativa de participación” (punible en el art. 30 del C. P. alemán), algunos delitos contra la seguridad del Estado, la punibilidad de la constitución de asociaciones criminales o terroristas, la formulación (y la interpretación) de los tipos de “falsedades documentales” y “falsificación de moneda”, etc.; y también se trazaría una delimitación clara entre “actos preparatorios”, “tentativa” y “consumación. Mientras la teoría de bienes jurídicos no proveería principios claros y –según Jakobs- desembocaría aquí en un “Derecho penal de enemigos”, el funcionalismo sistémico ofrecería un concepto limitador claro (su entendimiento del “ámbito interno”) y optimizaría las esferas de libertad⁷⁴. Podría haber una legitimación excepcional a la punibilidad de actos preparatorios tipificados de manera autónoma como si fueran consumaciones, cuando el autor, ya al efectuar la preparación se estuviera introduciendo en un “ámbito ajeno de organización”, p. ej. en el caso de actividades de “alta traición” o “sabotajes”, pero no en el caso de una mera “concertación para cometer un delito” (o en la “tentativa de participación”)⁷⁵.

Y en los *delitos de peligro*, a los sujetos se les debería imputar, funcionalmente, el haberse salido de su esfera interna con una conducta que, por más que se encuentre físicamente dentro de sus dominios privados, ya no puede ser manejada por él, ya no es dominable; de ello resulta una objetiva peligrosidad que sería la base para investigar luego

⁷² JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 221 y s.

⁷³ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 226.

⁷⁴ Cfr. JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 215.

⁷⁵ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 225.

el aspecto subjetivo del hecho del autor⁷⁶. En este contexto, podrían admitirse también delitos de *peligro abstracto* en ámbitos en los que exista una “necesidad de estandarización”, aunque a los individuos concretos les pueda parecer, desde la perspectiva de sus propios planes, que tal estandarización sea innecesaria (p. ej. tráfico rodado). Entonces, las “desviaciones de estos estándares” serían delitos de *peligro abstracto* cuando las conductas por sí mismas sean vistas como perturbadoras debido a su tendencia hacia la producción del daño (falso testimonio, perjurio, incendios de edificios habitados), o sean definidas como perturbadoras per se porque generalmente serían adecuadas para producir efectos perturbadores (conducción bajo estado de embriaguez); en ambos casos habría legitimidad en la intervención del ius puniendi, pues ambos casos presuponen la realización de una conducta peligrosa de manera similar a una tentativa acabada⁷⁷.

Solamente sería dudosa la legitimidad de un grupo de *delitos de peligro anticipado*, en los que la conducta criminalizada no es peligrosa por sí misma o solamente lo sería de manera muy limitada a través de otra conducta posterior (p. ej. producción de armas sin permiso, la posesión de armas); aquí la legitimidad (problemática) podría darse, en casos límite cuando el “aspecto exterior” de la conducta sea “perturbador” por sí mismo: sea porque se trata un ámbito de contactos sociales en el que el sujeto debe soportar un control y no lo ha permitido (elaboración de productos alimenticios sin control, conducción de automóviles sin licencia de conducir, portación de armas en reuniones), sea porque se trata de determinados objetos que no pueden nunca o solamente en contadas ocasiones ser usados privadamente para fines legales (adquisición ilegal de armas, producción o adquisición de dinero falso, formación de bandas armadas). Pero aquí debe partirse siempre de la conducta por sí misma (perturbación externa por la incalculabilidad de

⁷⁶ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 226 y s., 248. Allí mismo (nota 20) hace una distinción particular, desde la perspectiva de la víctima, entre delitos de *peligro “potencialmente concreto”* cuando el bien no está presente pero si hubiera estado presente, habría estado en *peligro* (equivalente, en realidad, al “*peligro abstracto*” entendido de manera restringida como “*idoneidad*”), “*virtualmente concreto*”, cuando el bien generalmente está presente, y “*concreto presunto*”, cuando un bien está presente pero el *peligro* resulta de una valoración reducida que puede excluir la presunción (equivalente a los delitos de *peligro abstracto-concreto*).

⁷⁷ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 229 y s.

los posibles cursos de daño) y no presuponer por adelantado un “dolo” de comisión de delitos futuros (p. ej. en la “portación privada de armas” o en la “falsificación de moneda”, adquisición de sustancias explosivas) pues así se despojaría a la persona de su “esfera privada” y se tendería, en contra de ella, al Derecho penal del enemigo⁷⁸: “La ley puede recortar, ciertamente, del ámbito privado lo que corresponde a un comportamiento abstractamente peligroso, pero esto tiene que suceder sin tomar en cuenta el contexto de planificación del sujeto”⁷⁹.

Más allá de esto, como alternativa ante la evidente necesidad de penar conductas difícilmente explicables con la teoría del bien jurídico (p. ej. delitos contra la “paz pública” o la “paz jurídica”) aunque altamente perturbadoras en la vida moderna, JAKOBS ofrece la criminalización de algunas conductas (coincidiendo en algunos casos con la tradicional tipificación autónoma de “actos preparatorios”) bajo la legitimación funcional de la *protección de normas de flaqueo* (normas que garantizan la vigencia de las “normas principales”): las conductas tipificadas atenta-rían contra “normas de flaqueo”, atacando así la base cognitiva de las normas principales, es decir menoscabando la “confianza de los afecta-dos”⁸⁰. Y en esto no habría una “arrogación” de la configuración entre la víctima y el bien jurídico, sino la arrogación de la configuración entre la víctima y la norma principal, la arrogación actual de la “configuración de la base cognitiva”⁸¹. Fuera de este ámbito no se justificaría una protección penal basándose en la tradicional idea de garantizar un “clima” a los bienes jurídicos, con lo cual serían ilegítimos, entre otros, los tipos alemanes de “incitación al odio racial”(art. 130, 131),

⁷⁸ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 232 y s., 248. Sobre el “Derecho penal del enemigo”, que sí sería posible en otros contextos ver más abajo en 4.3, 6.

⁷⁹ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 234.

⁸⁰ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 236 y ss. El ataque a la “vigencia de la norma” es entendido por JAKOBS de manera amplia; tal ataque contendría no solamente la conducta de los autores potenciales sino también lo que las potenciales víctimas esperan. Para este último caso, existirían “normas de flaqueo” que deben ser protegidas con tipos penales; es decir, la protección no se dirigiría a un “clima” de paz o seguridad necesario para un bien jurídico determinado; ver *ibidem*, 236 y s.

⁸¹ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 238, 241.

“incitación a una guerra de agresión” (art. 80a), “recompensa y aprobación de delitos” (art. 140)⁸².

Por otro lado, la diferencia entre *delitos de lesión* y *delitos de peligro* también se entendería de manera funcional de acuerdo a la forma en que la sociedad reparte roles: en los primeros, la ley solamente indica una finalidad (“no lesionar”) y deja en manos de los ciudadanos cómo se debe respetar esta norma de manera “comunicativamente relevante” (“descentralización de la administración de conductas”); en los “delitos de peligro”, por el contrario, la ley misma quiere garantizar estándares cognitivos y por ello prohíbe comportamientos que podrían lesionar (“administración centralizada” de conductas)⁸³.

En cambio, para los casos que sí son peligrosos y amenacen con erosionar la vida social, aunque provengan de “no personas” o de sujetos que dejaran de comportarse como “personas” (o sea, los “autoexcluidos”), se hace necesario tomar medidas que garanticen un mínimo de “base cognitiva” de las “personas” (o sea, que estas relacionen su propio bienestar con el Derecho)⁸⁴. Para esto se necesitaría la previsión de reglas penales específicas de “lucha” contra las conductas de estos sujetos (los “enemigos”), que prevean medidas de aseguramiento; o sea un “Derecho penal del enemigo” (ver al respecto más adelante en 3.4, número 8).

g) El concepto del *dolo* es replanteado en los siguientes términos: dado que el análisis no se dirige a “sujetos” (individuos) sino a “personas”, no debería importar la subjetividad, lo psíquico, o sea el “conocimiento actual”, sino lo normativo, es decir, la defraudación de expectativas y la expresión de un modelo distinto. En un mundo “desmitificado” como el actual ciertamente no sería útil, en el sentido de funcional, una “responsabilidad por el resultado”; las “personas” saben que pueden moldear la realidad y planificar. Si se planificara bajo un “defecto cognitivo” en el mundo de la naturaleza, el resultado será que el

⁸² JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 241 y ss., 248. Solamente se justificaría la protección de un “clima” fuera del Derecho penal o, dentro de él, en tiempos de crisis de legitimación, cuando se tiene que suspender temporalmente la libertad para asegurar luego su restablecimiento; *ibidem*, p. 245 y s.

⁸³ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 100 y s.

⁸⁴ JAKOBS, “Personalität und Exklusion...”, p. 461.

sujeto no podrá ir lejos, su error lo llevará al fracaso; y si tal planificación con defecto congitivo se diera en el mundo de las normas (error de tipo), en el ámbito penal, esto debería tener efecto liberador de pena porque tal conducta no ofrecería un “patrón válido en la sociedad”, no tendría “carácter ejemplar”; no implica un aporte “comunicativamente relevante”, aparte de que tal conducta conllevaría el riesgo de una “pena natural”⁸⁵. En resumen, sería la estructura misma del funcionamiento de la sociedad moderna y no un “principio de culpabilidad” ni la inevitabilidad o inevitabilidad del error lo que explicaría (mejor) el porqué de la impunidad o punibilidad por imprudencia en los casos de “error de tipo”.

Luego, no tendría sustento la diferenciación tradicional entre el “dolo del tipo”, en sentido psicológico, y la “culpabilidad” (con el elemento de la “consciencia de antijuricidad”) como concepto normativo. La “acción” comprendería todo lo que objetivamente pueda entenderse como expresión de sentido, quedando para el ámbito de la “culpabilidad” el análisis de la inevitabilidad individual de dicha expresión de sentido⁸⁶.

Además, para diferenciar lo penal de lo civil (donde también habrían “expresiones de sentido” imputadas objetivamente) en función de sus tareas propias (en el Derecho penal: garantizar la vigencia de la norma y no, como en el Derecho civil, la protección de bienes jurídicos), se debería incluir en el injusto penal la expectativa normativa dirigida a la “persona” desde el Derecho penal. Luego, afirma JAKOBS, si la “expectativa normativa” consiste en que actúe en sociedad motivándose en el cumplimiento de la norma, o sea actuando como un “ciudadano perfecto” portador de un rol, la “evitabilidad” que se exige no sería una de carácter individual sino “objetivo”⁸⁷. En consecuencia, el “déficit de motivación” que exista en la persona se manifestaría como algo que, en términos tradicionales, se corresponderían con el “dolo” y la “imprudencia”. El “dolo” (y todos los elementos del “lado subjetivo”), como

⁸⁵ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional ...”, p. 141 y ss., p. 81 y ss., esp. 84 y s.

⁸⁶ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 99.

⁸⁷ “No hay nada que sea evitable porque en el autor se presenten cualesquiera fenómenos psíquicos, sino porque, si nos lo imaginamos con la motivación de un ciudadano perfecto, el autor evitaría”, JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 101.

hecho psíquico, no fundamentaría el injusto, sino solamente sería un "indicio" de la existencia de la falta de motivación para cumplir la norma⁸⁸. Y esta "motivación" recién se podría verificar en un nivel más adelante, en la "culpabilidad".

h) En el caso del *error de tipo*, se trataría de un "defecto cognitivo", de un error de la persona sobre el estado y el curso de la realidad externa. La impunidad en los casos de "error invencible" resultaría de que el sujeto no habría "comunicado" nada de manera relevante; el sujeto habría demostrado, más bien, una "falta de competencia organizativa". Por lo demás, el tradicional concepto de "invencibilidad" del error no sería importante aquí; en el plano comunicativo el que erró descuidadamente llevaría el estigma de un "descuidado" y el que erró de manera inevitable es "digno de compasión" por su mala suerte⁸⁹. El que cometió un "error de tipo inevitable" no tendría siquiera "culpabilidad"; el que cometió un "error de tipo evitable" por no haber planificado correctamente su conducta, pese a que ello era posible, tendría una culpabilidad disminuida⁹⁰; la pena para este último sería, pese a todo, necesaria para garantizar determinados estándares de riesgo y que haya un "aprendizaje selectivo" (no es el individuo sino la sociedad quien decidiría el límite de lo socialmente tolerable)⁹¹.

i) Solamente si se prescindiera totalmente de lo psicológico, del elemento "cognoscitivo", podría darse, según JAKOBS, una solución razonable a los casos de *indiferencia y escrupulosidad* que llevan a la comisión de delitos (imprudentes). Desde la perspectiva funcional, el "indiferente", debido a su negación del rol, debería merecer mayor pena que el "escrupuloso" que reconoce el rol pero calcula mal (imprudente) y, por lo tanto, no expresa un modelo a seguir. La doctrina tradicional procedería –dice JAKOBS– al revés al imponer pena de "dolo" al

⁸⁸ JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 102, p. 76.

⁸⁹ JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 142, 168.

⁹⁰ De manera resumida: "... la ignorancia inevitable de las consecuencias producidas ya ni siquiera es imprudencia, es totalmente impune; pero, en cuanto mayor es el nivel de evitabilidad, más se aproxima la culpabilidad a la máxima expresión que alcanza los supuestos de indiferencia"; JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 153.

⁹¹ JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 150 y s., 168.

“escrupuloso” mientras premia al “indiferente” con una pena de “imprudencia”, fundamentando esto en el elemento cognoscitivo del dolo⁹².

En contra de la ley y la doctrina tradicionales, “esclavos de los hechos psíquicos”, lo que debería interesar no es el “conocimiento” (perceptible por los sentidos) de la realización del tipo, sino la “razón del conocimiento”; y ahí no puede tratarse por igual el desconocimiento de la norma de aquél que no tiene interés por conocer y el desconocimiento de aquél que quiso saber pero no pudo. El tratamiento jurídico-penal del “indiferente” debería, entonces, ser igual cuando tal “déficit cognitivo” debido a un “déficit volitivo” se hubiera dirigido al tipo como cuando se hubiera dirigido al injusto⁹³.

En la práctica, según JAKOBS, la doctrina y ley actuales evitarían “resultados escandalosos” a través de la llamada “responsabilidad por el resultado” (el autor responde por el resultado más grave si éste ha sido causado por lo menos por imprudencia y tal imprudencia es la consecuencia directa del riesgo creado por la primera acción dolosa)⁹⁴.

j) La *antijuricidad*, al igual que la participación delictiva, no deberían vincularse al “injusto” como se hace tradicionalmente, sino deberían tener una sistemática propia⁹⁵. Con las tesis tradicionales no se podría decir más que las causas de justificación serían “buenas razones” para permitir que una conducta prohibida se ejecute sin que su autor se vea sometido a una pena. El contenido de la antijuricidad dependería del estado de la sociedad (y, en algunos casos, de tareas normativas fijadas autónomamente), situación que, en el caso de sociedades modernas, no podría ser resumido en una corta “fórmula social”⁹⁶.

En este sentido, JAKOBS se manifiesta a favor de una “teoría pluralista” que reconozca tres grupos de causas de justificación bajo tres principios distintos⁹⁷. En el primer grupo, se trataría de que la conducta

⁹² JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 41 y s.; p. 149 y s.

⁹³ JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 86 y ss., 91 y s., 99 y s.

⁹⁴ JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 91, 79 y s.

⁹⁵ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 103.

⁹⁶ JAKOBS (traducción libre), “Strafrecht. A. T.”, p. 349, n. marg. 1.

⁹⁷ Ver JAKOBS (traducción libre), “Strafrecht A. T.”, p. 350 y ss., n. marg. 3 y ss.

del interventor (p. ej. el agresor en la legítima defensa) justificaría la consecuencia derivada de dicha "conducta de organización" debido al "principio de responsabilidad", y, en menor medida, al "principio de causación [Veranlassung]": la víctima de la intervención tiene que responder por las consecuencias de su conducta de organización (la legítima defensa, el estado de necesidad defensivo, del derecho de resistencia ante el atacante). En el segundo grupo, se trataría del "principio de definición de intereses a través de la víctima de la intervención": la propia víctima de la intervención define la intervención como favorable o, por lo menos aceptable, y reestructuraría convenientemente sus intereses (p. ej. en el "consentimiento" y el "permiso de la autoridad", pero también en el "estado de necesidad" y en el "consentimiento presunto"). En el tercer grupo, se trataría del "principio de solidaridad", según el cual se incide en la víctima de la intervención en interés de otras personas o de la generalidad (p. ej. el estado de necesidad agresivo u otros derechos de intervención de la autoridad).

Finalmente, para garantizar la proporcionalidad entre el daño de la intervención y el bien rescatado, deberían respetarse algunos principios básicos como⁹⁸: la responsabilidad a cargo del causante por todos los costos ocasionados; la reestructuración de la víctima de la intervención, en caso de que no lo hiciera ella misma, debe arrojar un saldo positivo; el recurso de la solidaridad también debe basarse en un saldo positivo, el cual además debe ser considerablemente mayor.

Últimamente, JAKOBS ha desarrollado más su posición sobre las causas de justificación a partir de un análisis diferenciado de los distintos "grados de incumbencia" (competencia) de las personas y los deberes de actuación y de tolerancia⁹⁹. En este caso, que se referiría por lo visto al primer grupo de causas de justificación señalado en su Manual¹⁰⁰, se

⁹⁸ JAKOBS (traducción libre), "Strafrecht. A. T.", p. 350 y s., n. marg. 3a.

⁹⁹ JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 135 y ss.

¹⁰⁰ Como señala al final de su exposición, existirían otros casos (equiparables a los otros dos grupos de causas de justificación de su Manual) de limitaciones de la "competencia" derivados de "fundamentaciones formales propias de un Estado de Derecho" ("idoneidad" en un estado de necesidad defensivo y agresivo, prioridad de la policía) y de "permisiones derivadas de su ejercicio en un Estado de Derecho" (límites ético-sociales o de solidaridad mínima en la legítima defensa); ver c. más ref. "Sobre la normativización...", p. 159 y s.

trataría de establecer cuándo una persona (que tiene la “incumbencia”) debe, o bien “alejar un peligro” de otra persona (aportando una determinada prestación), o bien “soportar los costes” (lesión de sus propios intereses) que resulten de solucionar un conflicto (colisión de intereses). A partir de su distinción previa entre “deberes negativos” y “deberes positivos” (derivados a su vez de “derechos” a la libre organización), reconoce que, de la “pura normatividad” (conceptos “propiedad” y “organización de la propiedad”) solamente sería posible obtener limitaciones basadas en la “necesidad” de la “legítima defensa”: la violencia defensiva y el deber de soportar la violencia llegarían hasta que el límite de que el sujeto afectado no se vea “despersonalizado”¹⁰¹. En el campo puramente normativo, afirma JAKOBS, los derechos o bien existen o no y los sujetos titulares (personas) o bien los hacen valer indiscriminadamente (incluso ante amenaza de perjuicios mínimos o contra personas que actuaron sin culpabilidad alguna) o no (esperando, p. ej. una compensación) sin que nada, normativamente, obligue a una u otra decisión¹⁰². Otras limitaciones (p. ej. “proporcionalidad”) surgirían recién, desde afuera, considerando la racionalidad jurídica de criterios “utilitaristas”; en alusión a Hegel: la “moralidad” (deseo de vivir en armonía: estado de necesidad defensivo) y la “eticidad” (síntesis entre forma y armonía: estado de necesidad agresivo)¹⁰³.

k) La *culpabilidad*, como categoría penal, privada de toda base empírica, solamente podría ser entendida como aquella “imputación” que contenga una “expresión de sentido relevante para la comunicación”; lo no-culpable (o sea, lo que no participa en la comunicación) sería “naturaleza” y por lo tanto tampoco sería entraría dentro de la tarea genuinamente penal, sino del Derecho civil o administrativo¹⁰⁴. Mejor

¹⁰¹ JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 144 y s. Esta idea es desarrollada últimamente por JAKOBS con la siguiente argumentación: si el Estado exigiera sacrificar la propia vida, en realidad, estaría “excluyendo” al sujeto afectado del status de “persona”; ver “Personalität und Exklusion...”, p. 452 y ss., 458 y ss., 466. Aquí, JAKOBS rechaza las argumentaciones “cuantitativas” tendentes a admitir una justificación (p. ej. al afirmar que habría una “compensación del desvalor del resultado” cuando se salvara la propia vida y la de otros sacrificando la vida de menos sujetos o sujetos con calidad de vida disminuida); ver *ibidem*, p. 456 y s., nota 41.

¹⁰² Cfr. JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 146 y ss.

¹⁰³ JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 146 y ss., 160 y s.

¹⁰⁴ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 43 y s., 46.

dicho, lo que tradicionalmente se conoce como "imputabilidad" y se considera como un elemento de la "culpabilidad" o "responsabilidad penal", dejaría de formar parte del Derecho penal, pues solamente podría ser "persona jurídico-penal" "...quien dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social..." pues solamente las conductas de ésta podrían tener "repercusiones sociales", o sea, "comunicar normativamente"¹⁰⁵.

Lo culpable, en el sentido penal equivaldría, entonces, solamente a una imputación por un "defecto volitivo", por un "déficit de motivación fiel al Derecho", imputación que es dirigida a la "persona": la persona (se descarta, desde el principio, al individuo) sería "culpable" por el hecho de no haberse procurado por sí misma razones para cumplir las normas sociales y no haber sido "fiel a la norma"¹⁰⁶. El "defecto volitivo" no tendría nada que ver con lo psicológico, pues no importa que la persona perciba conscientemente este defecto, sino solamente que tal defecto exista¹⁰⁷. Los "hechos psíquicos", que por lo demás deben ser interpretados según el contexto social, tendrían el papel de constituir "indicadores" de la existencia del déficit; como tales, estos "hechos psíquicos" son tanto el "dolo" y la "consciencia de antijuricidad" como también la "falta de atención", la "indiferencia" o el "desinterés"¹⁰⁸. No habría p. ej. "falta de fidelidad" o esta sería leve en los casos conocidos de "estado de necesidad exculpante" y similares, en el homicidio bajo una provocación previa de la víctima, etc.

Sin embargo, el "defecto volitivo" por sí solo no podría explicar todavía la "culpabilidad penal", sino solamente una "culpabilidad formal" existente en cualquier quebrantamiento de normas vigentes en cualquier tipo de ordenamiento, y ante las cuales existirían distintos tipos de "penas" disuasorias. Lo característico de la "culpabilidad penal" o *culpabilidad material* sería la imputación de falta de fidelidad a "normas legítimas", o sea a normas enmarcadas dentro de un sistema social que

¹⁰⁵ JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 22 y ss., 43.

¹⁰⁶ JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 156, 168; "Sobre la normativización...", p. 23 y s.

¹⁰⁷ JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 156.

¹⁰⁸ JAKOBS, "Sobre la normativización...", p. 23

trata a los individuos como “personas” (les atribuyen un “rol”)¹⁰⁹. Como lo que importa es que el Derecho penal “comunique”, sin que para ello se necesite una conexión psicológica con el autor¹¹⁰, la “culpabilidad” presupondría que el Derecho penal solamente reaccionará con una “pena” contra el infractor (que sigue siendo “persona”) cuando éste, *dentro* de la sociedad (lo que está afuera, es naturaleza) exprese una contradicción a la norma social; es más, es así como el ciudadano sería tratado como “persona” y no como objeto pues al reconocerse que éste puede “comunicar” algo contradictorio a la norma también se le reconoce aquel estatus¹¹¹. JAKOBS hace, además, la salvedad de que no siempre tendría que haber consecuencia penal: solamente habría “responsabilidad” cuando las razones del conflicto actual “no pueden imputarse a otra persona que al autor sin perturbar la vigencia de la norma”, algo que podría llevar a la atenuación o la impunidad en casos en los que la víctima “merecía la pérdida”¹¹².

Ante un quebrantamiento de la norma, el Derecho penal garantizaría que esta “expresión de sentido” con contenido “defectuoso” va a ser contradicha con una pena¹¹³. Esta sería la expectativa propia del Derecho penal. La “libertad”, el *libre albedrío*, no sería un problema que concierna a la “culpabilidad” así entendida; la única “libertad” que interesaría sería la “libertad de autoorganizarse” de la cual, por lo demás, gozarían todas las “personas” dentro de la sociedad; solamente si existiera esta “descentralización” (posibilidad de autoorganizarse que tienen todas las personas) podría existir una culpabilidad¹¹⁴. Es más, en realidad, el libre albedrío equivaldría a “la competencia de la propia voluntad” para autoorganizarse y alcanzar la suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico¹¹⁵.

¹⁰⁹ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 157 y ss., 168.

¹¹⁰ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 154 y ss., 158.

¹¹¹ Cfr. JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 154 y ss., 157 y s. Siguiendo a Hegel, afirma que al imponerse la pena al delincuente, éste es tratado como persona, se le trataría como un igual y “se honra al delincuente como ser racional”; ídem, p. 159.

¹¹² JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 165.

¹¹³ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 45; 154 y ss., 158 y s.

¹¹⁴ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 166 y s.; 166 y s.

¹¹⁵ JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 88.

En consecuencia, para la teoría funcional de JAKOBS, la “culpabilidad” abarcaría todo; las demás categorías penales no pasarían de ser conceptos auxiliares para entender mejor la culpabilidad. El “concepto normativo” de la culpabilidad “mediría” solamente el cumplimiento o no de los roles de las personas; más allá de esto, en la “culpabilidad” entrarían a tallar otros datos solamente cuando, pese a haberse aceptado el rol, la persona tuviera dificultades para mantener la fidelidad al ordenamiento jurídico y llegara a realizar hechos típicos; en estos casos (error sobre la norma, exceso en la legítima defensa, autoría por convicción, etc.) sería posible admitir una “disminución de la culpabilidad”¹¹⁶.

El menor o mayor *grado de culpabilidad* de sujetos ya reconocidos como “personas” dependería del “contexto” de la conducta en el sentido de si “perturba el orden” o no. Si no lo hiciera, la conducta puede atribuirse a la “naturaleza” (y excluirse la culpabilidad); si la perturbación fuera parcial, puede haber disminución de culpabilidad (y de pena), y si perturbara el orden, la culpabilidad será plena¹¹⁷. Así, en los casos englobados por la doctrina tradicional bajo la *inexigibilidad de otra conducta*, y tratados dentro de la “culpabilidad”, en realidad se trataría de casos dominados por lo “natural”. El autor de la famosa “tabla de Carneades” (estado de necesidad exculpante) se encuentra “coaccionado”, bajo un “miedo”, una “naturaleza” que no puede dominar. Pero este “miedo”, esta “inexigibilidad” no dependería de la situación en sí en la que se encuentra el sujeto, sino de la “posibilidad de solucionar el conflicto” como si fuera “producto de la naturaleza”; si no existiera esta posibilidad, no debería haber exculpación¹¹⁸.

En la *autoría por convicción*, afirma JAKOBS, habría que distinguir si el autor actuó por un “conflicto de conciencia” (p. ej. como miembro de una determinada confesión religiosa) o si manifestó más bien una “actitud recalcitrante” (p. ej. un terrorista). Como no se trataría de

¹¹⁶ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, c. más ref., p. 46 y s.; 163 y ss., 168. El hecho que de lege lata se prevea, en la ley alemana, la atenuación o, en la doctrina, la impunidad de algunos de estos casos demostraría, además, que el “funcionalismo ya se habría impuesto, pues estas reglas solo podrían explicarse desde la perspectiva de la “estabilización de la norma”; ver *ibidem*, p. 166.

¹¹⁷ JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 96 y ss., esp. 99.

¹¹⁸ JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 96 y ss., 100.

resolver un “conflicto individual”, sino de determinar si el hecho en sí resulta “peligroso” por ser “susceptible de generalización”, en el primer caso podría haber una atenuación, mientras que en el segundo, incluso una agravación¹¹⁹.

JAKOBS insiste que su teoría de la culpabilidad no instrumentalizaría al ciudadano, pues ella solamente “describiría” las condiciones de fundamento de toda sociedad: “... una descripción no instrumentaliza, sino que en todo caso descubre instrumentalizaciones existentes desde hace mucho tiempo”¹²⁰. La culpabilidad entendida en el sentido de que tendría una función propia resolvería el dilema tradicional entre “funcionalidad” y “respeto a la dignidad humana” (el incremento de uno iría siempre en desmedro del otro); el principio de “culpabilidad” sería la condición de subsistencia del orden social¹²¹.

1) Los casos de *error de prohibición* son tratados por JAKOBS de manera paralela a los de error de tipo, pues en ambos casos se trataría de “defectos” de la persona en la sociedad. En el “error acerca de la existencia de una norma” se trataría de un “defecto volitivo” el cual sería imperdonable en un sistema que quiere ser funcional¹²².

En las sociedades modernas, ante “defectos volitivos”, que sí pueden cuestionar el ordenamiento vigente, la regulación legal del error de prohibición tendría en cuenta esta situación y solamente excluiría de pena los “errores inevitables”. A diferencia de la sociedad burguesa naciente donde el “error iuris nocet” (se trasladaba el riesgo de desconocer las leyes al ciudadano) habría sido necesario (funcional) para lograr la libertad de movimientos de la época, en la actualidad, el riesgo de un error sobre el contenido de la norma se habría trasladado a la “generalidad”¹²³. En la actualidad, a diferencia de épocas anteriores, debido a la satisfacción de las leyes, sería necesario (funcional) separar el reconocimiento de la razón de vigencia de un ordenamiento positivo del

¹¹⁹ JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 98 y s.

¹²⁰ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 161.

¹²¹ Cfr. JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 135 y ss.

¹²² JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 87 y ss., 99.

¹²³ Comentando la sentencia del TFA de 1952 (BGH 2, 0. 194 y ss.) que adoptó el “principio de culpabilidad” en el “error de prohibición” y proscribió el “error iuris nocet”; JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 143 y ss.

conocimiento de su contenido. Esta “retirada hacia la positividad” hace que el ordenamiento se proteja a sí mismo contra todos los ataques a su legitimidad: para afirmar el “conocimiento de la norma” basta con se conozca que la vulneración de la norma signifique una perturbación al orden existente; no que se acepte como correcto el contenido de la norma¹²⁴. El desconocimiento de las normas, como “déficit cognitivo”, equivaldría a la ignorancia o “falta de competencia” en el mundo de la naturaleza. En este mundo, tal defecto llevaría al fracaso del ignorante, a una “poena naturalis”; en el mundo de las normas, el “déficit cognitivo”, aunque no aporte ventajas al ignorante, tampoco llevaría a una autoestabilización del sistema. Por eso, también en el ámbito del “conocimiento del injusto” (error de prohibición) se necesitaría la punibilidad en algunos casos, ya que se trataría, al igual que en el “conocimiento del tipo” (error de tipo) de lo siguiente: no dejar la decisión sobre el riesgo del desconocimiento al autor, establecer un conocimiento mínimo de la peligrosidad e impedir un “aprendizaje selectivo” en el sentido de que el autor solamente evite lo que importe un riesgo de autolesión¹²⁵.

Un argumento de lege lata vendría dado por la propia ley alemana vigente (similar en esto a la peruana, española o a muchas otras legislaciones penales), la cual habría reconocido la mera “normatividad” del dolo a través de la regulación de la “consciencia de la antijuricidad” en el “error de prohibición”: el “desconocimiento de la ilicitud”, si fuera evitable, solamente atenuaría la pena¹²⁶. Por lo demás, aquí la “indiferencia dirigida al injusto” (no interesa saber si lo que se hace tiene carácter prohibido o no) no tendría efectos exoneradores, lo cual es comprensible, pues, en palabras del funcionalismo, el “indiferente” ha tenido un “defecto cognitivo” debido a un “defecto volitivo” y, con ello, una “falta de fidelidad latente al ordenamiento jurídico”¹²⁷.

m) En la *autoría y participación*, JAKOBS plantea la distinción en función de la “arrogación de ámbitos de competencia” y prescinde por

¹²⁴ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 147, 148, 168.

¹²⁵ JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 86 y s.

¹²⁶ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 41; “Sobre la normativización...”, p. 91 y s.

¹²⁷ JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 88 y ss.

completo de la "subjetividad". En ese sentido, todo lo que –según su concepción– sea realizado en el "ámbito interno" tendría que ser impune como autoría o como participación, así pueda demostrarse que la "subjetividad" tendía a un ataque contra bienes jurídicos¹²⁸.

3.3 Teoría de la pena

Según la teoría de JAKOBS, la *pena* tendría que reafirmar la vigencia de la norma y con ello, la identidad social. Con la "pena" se caracterizaría al delito como delito; con esto se lograría confirmar la configuración normativa concreta de la sociedad para evitar una "erosión general"¹²⁹. Precisamente la "prestación" del Derecho penal consistiría en mantener esta identidad social en el plano de la comunicación, reafirmando normas mediante procedimientos previstos como reacción a su infracción; otras finalidades sociales no serían más que "esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual"¹³⁰. La pena, entonces, se dirigiría a la "persona" que haya infringido la norma y que, con ello, haya afirmado una realidad distinta que la sociedad no quiere aceptar¹³¹. Pero, el hecho de haber cometido el delito (negado la norma) no eliminaría la cualidad de "persona" del infractor. Esta cualidad sería otorgada por la sociedad y no por él mismo; y la sociedad insiste en la atribución de tal cualidad; por lo tanto la conducta del infractor seguiría siendo una "contradicción" y no "naturaleza" (que no incumbe al Derecho), y esa contradicción que "comunica" significado se vería rechazada (marginada) mediante una "pena" con la cual se manifieste que la

¹²⁸ JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 222 y s.

¹²⁹ JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 63; "Sobre la normativización...", p. 47 y s., 71; "Der Zweck der Vergeltung...", p. 266; rescatando expresamente similares ideas de Hegel en este sentido, "Staatliche Strafe...", p. 25 y ss.

¹³⁰ JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 21 y s. De manera enfática dice: "... la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo". Y más adelante: "... la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias [todo tipo de finalidades preventivas]: significa una autocomprobación"; ver *ibídem*, p. 21.

¹³¹ JAKOBS aclara una confusión terminológica muy común: el delincuente no "lesiona" la "vigencia de la norma", pues en el plano "abstracto" no puede conseguir esto: tal lesión solamente existiría cuando nadie respetara la norma. Pero el delincuente sí crea una "tendencia hacia la lesión"; es esta tendencia la que sería contrarrestada con la imposición de la pena para que la "norma" siga siendo "real"; ver JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 28.

realidad pretendida con la comunicación del infractor no es reconocida, no es válida, y la norma sigue teniendo vigencia¹³².

Ahora bien, para JAKOBS no bastaría tampoco con la mera atribución de responsabilidad al infractor, la atribución de “competencia” por la “defraudación de expectativas normativas”; para que quede marginado el significado de hecho del delito (la “infracción de la norma”), la pena también tendría que ejecutarse a través de la *violencia* pues solamente así podría privarse al infractor de la norma de los medios de interacción. Esto tendría que ser así pues el infractor no solamente habría expresado algo en el plano normativo-simbólico (negación de la norma) sino también lo habría configurado en el mundo externo (ha matado, lesionado, etc.); para dar respuesta adecuada a esto, el Derecho penal tendría que actuar también en los dos planos. Así, afirma el autor alemán, por un lado, en lo “normativo”, la generalidad deberá ser confirmada en su actitud de fidelidad al ordenamiento mediante “aprendizaje de fidelidad”, el cual se logra comunicativamente a través de la pena que califica el hecho del “autor” como delito; por otro lado, en lo “cognitivo”, deberá causarse un “dolor” al infractor para que todos entiendan que la conducta infractora ha constituido una empresa fracasada, que dicha conducta no debe servir de orientación¹³³. Es por eso que, siguiendo su teoría, JAKOBS puede afirmar que la “pena” tendría como destinatarios tanto al “autor” como, y sobre todo, a todas las “personas fieles al Derecho”¹³⁴ y que el autor, con la ejecución de la pena contra él, prestaría una “indemnización” en sentido amplio¹³⁵.

JAKOBS considera que las teorías tradicionales de la “pena” no son exactas en cuanto atribuyen “funciones” al Derecho penal. Sus mayores críticas se dirigen a las “teorías de la unión”¹³⁶ pues considera que pretenden “unificar” lo que por definición es antagónico, pretenderían combinar mediante “adición” “legitimaciones” (retribución de la culpabi-

¹³² Cfr. JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 67.

¹³³ Cfr. JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 75; “Sobre la normativización...”, p. 48 y ss., 71 y s.; “Staatliche Strafe...”, p. 28 y ss.

¹³⁴ JAKOBS, “Staatliche Strafe...”, p. 31.

¹³⁵ JAKOBS, “Staatliche Strafe...”, p. 32.

¹³⁶ JAKOBS, “Sobre la teoría de la pena”, en: “Bases para una teoría funcional...”, p. 61 y s.; “Staatliche Strafe...”, p. 33, nota 149.

lidad) con “fines” (prevención). Lo cierto sería que la “retribución” excluiría por completo cualquier “prevención especial” desde que aquella presupone un “responsable” mientras que esta última precisamente se dirige a un sujeto que necesitaría un tratamiento (y por lo tanto, es tratado como un “objeto”). Incluso si (como expone, entre otros, Roxin) se empleara la “retribución” de la culpabilidad solamente para “limitar” y no “legitimar” la pena, existiría una contradicción: no se puede limitar algo que tiene distinta naturaleza; la “retribución” no podría servir como limitadora de penas “preventivas” (en el sentido de “educación”, “intimidación”, etc.). Por lo demás, también existiría el problema práctico de la constatación empírica pues las estadísticas de la “reincidencia” demostrarían que las penas privativas de libertad, aparte de “asegurar” a los que están encerrados en las cárceles, no habrían tenido un efecto preventivo-especial (limitado por la culpabilidad) relevante. La explicación estaría en la naturaleza distinta de ambas “finalidades”: la “retribución” implica una reacción a una perturbación social mientras que la “prevención especial” incide en la “motivación” y la intensidad de esta, que ha llevado a la comisión del delito. Pero el Derecho penal no estaría en condiciones de incidir en esta “motivación”, pues, para que tenga éxito, llevaría en muchos casos a superar la medida de la culpabilidad¹³⁷.

Tampoco ha escapado a sus críticas la teoría de la “prevención especial”. Esta teoría, perdería legitimidad desde el principio: si el sujeto necesitara “tratamiento”, “reeducación, etc., se estaría reconociendo que el sujeto no era “persona” cuando cometió el delito o, mejor dicho, que era una “persona deficitaria”; pero tampoco podría explicar la legitimidad de las “medidas de seguridad” (no reeducativas) a los “autores incorregibles”¹³⁸. Desde la perspectiva estricta de separación entre Derecho y moral, entre “violación del derecho” y la “actitud interna deficitaria”, no se podría dar una solución correcta a esta problemática; se tendría que admitir que, en algunos casos, las “actitudes internas” expresadas exteriormente de alguna manera legitimarían la exclusión del carácter de “persona” y para dar paso a un tratamiento con “medidas de

¹³⁷ C. ej. JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 62 y s.

¹³⁸ JAKOBS, “Staatliche Strafe...”, p. 36 y s., 37 y ss., respectivamente.

seguridad"¹³⁹, lo cual llevaría a admitir así un "Derecho penal del enemigo".

En realidad, sostiene JAKOBS, con el entendimiento funcional de la pena se afirmarí una *autosuficiencia del sistema jurídico*, pues no sería exacto exigir que el Derecho penal cumpla "funciones" ya que, desde que con la pena se contrarresta la "realidad" que el infractor de la norma pretende imponer, con ello ya se reafirmaría la "realidad de la norma", o sea su vigencia; luego: "... la sanción no tiene un fin, sino constituye en sí misma la obtención de una sanción, (es decir) la constatación de la realidad de la sociedad sin cambios"¹⁴⁰. Si alguna "prevención" existe en su teoría sería la de evitar la "erosión de la configuración normativa de la sociedad", pero no la comisión futura de delitos¹⁴¹; algo que –como él mismo observa– podría ser llamado "prevención general positiva", pero que, en todo caso, no debe confundirse con las tesis tradicionales pues se agotaría en sí misma y, por ello, no necesitaría ninguna corroboración empírica. La "prevención de delitos" sería, más bien, en primer lugar tarea de la Policía¹⁴².

JAKOBS reconoce, por otro lado, que su teoría podría tener alguna coincidencia con la "teoría absoluta" y la "prevención general positiva". La teoría de la *prevención general positiva* en su versión más difundida¹⁴³ señala que la función del Derecho penal consistiría en mantener la vigencia de la norma para confirmar la confianza de los ciudadanos en ella y tomarla como esquema de orientación. La coincidencia con la (nueva) teoría de la pena de JAKOBS estaría en la "vigencia de la norma",

¹³⁹ Cfr. JAKOBS, quien recurre ilustrativamente a la discusión entre Feuerbach y Grolmann, y, con algunas salvedades, da la razón a este último; ver "Staatliche Strafe...", p. 38 y ss., 40.

¹⁴⁰ JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 70.

¹⁴¹ JAKOBS, "Bases para una teoría funcional...", p. 64; "Staatliche Strafe...", p. 31.

¹⁴² JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 31.

¹⁴³ JAKOBS también ha reconocido coincidencias con la "prevención general negativa", pues tanto en ésta como en su versión de la "prevención general positiva" podría ser que la "intimidación", desde la perspectiva de los que se orienten en el rol del autor, juegue algún papel en la realidad. La "fidelidad a la norma" podría ser consecuencia del miedo o de la comprensión, pero, al tomar por base la responsabilidad del autor por su hecho en la medida de que compense el peligro para la validez de la norma, se atenuarían los efectos de la pena (que en la prevención general negativa resultan desproporcionados); "Staatliche Strafe...", p. 32 y ss.

pero mientras que aquella “prevención general positiva” tiene el ingrediente psicológico de la “repercusión síquica” (la motivación, la orientación), JAKOBS postula que lo único que interesaría sería la “comunicación” expresada en la pena; el alcanzar el proceso síquico de la “confirmación de la norma” mediante la pena pública puede desearse, pero no formaría parte del concepto de pena: la pena sería un fin en sí misma y se agotaría con “la permanencia de la realidad normativa sin modificaciones”¹⁴⁴. En cuanto a la “teoría absoluta”, si bien JAKOBS mismo se basa en gran medida en Hegel, uno de los más conocidos representantes de la “retribución”, enfatiza que existiría una diferencia decisiva, por lo menos con el entendimiento tradicional de la teoría absoluta: la retribución afirma que a todo quebrantamiento de la norma debería seguir la reacción penal; en cambio, en la tesis funcionalista, la reacción penal solamente entraría a tallar cuando el quebrantamiento de la norma perturbe la vigencia de la norma; si no existiera tal riesgo, no habría razón para una sanción; si el riesgo fuera reducido, la sanción debería ser leve¹⁴⁵.

Para el caso de los “inimputables”, que no tienen carácter de “personas”, pero también para quienes voluntariamente quieran estar al margen del ordenamiento normativo (los “enemigos”), como contra ellos no es posible aplicar “comunicativamente” una “pena”, aunque siga siendo necesario proteger la vigencia de las normas (evitar ulteriores infracciones), solamente sería posible aplicar *medidas de seguridad* basadas en la idea de la “prevención especial”¹⁴⁶. Aquí no se trataría ya de “sujetos competentes”, de “personas”, sino de “individuos peligrosos”. A estos no sería posible dirigir “expectativas normativas” y, por tanto, al ser excluidos del ámbito de las personas, se cuentan dentro de los enemigos que constituyen “focos de peligro” y contra los cuales debe llevarse a cabo una “custodia de seguridad”¹⁴⁷.

¹⁴⁴ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 75.

¹⁴⁵ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 70 y s. Una exposición más detallada sobre las coincidencias y diferencias con la doctrina de Hegel puede verse en “Der Zweck der Vergeltung...”, p. 251 y ss., 266 y ss., y, especialmente en “Staatliche Strafe...”, p. 24 y ss.

¹⁴⁶ JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 54, 57 y ss.

¹⁴⁷ JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 58 y s.

Por otro lado, JAKOBS aclara que su teoría de la pena, al igual que la teoría absoluta de Hegel, por sí misma no sirve para determinar la *medida de la pena* pues ella solamente se quedaría en el nivel abstracto para afirmar que debe suspenderse la comunicación del infractor sin que pueda decir cómo concretamente debe hacerse esto; para dar una "medida de la pena" se necesitarían datos adicionales sobre el "peso" de un Derecho o una expectativa para la persona¹⁴⁸. Tampoco una teoría "retributiva" como la de Kant, en contra de la creencia general, no podría proporcionar ningún criterio para definir la medida de la pena, pues la supuesta "proporcionalidad" entre el mal inferido (a la víctima) y el de la pena retributiva (al delincuente) no consideraría el "daño social" que es distinto del daño individual causado por el delincuente; y para considerar estos otros perjuicios, siempre será necesario tomar en cuenta los intereses y finalidades de los miembros de la sociedad¹⁴⁹. En cambio, el "concepto moderno y funcional de culpabilidad" (el que él defiende) sí tendría en cuenta esta diferenciación decisiva pues, por un lado, otorgaría una finalidad a la "retribución de la culpabilidad" (Schuldvergeltung), y, por otro lado, determinaría la culpabilidad, desde el principio, según su idoneidad para alcanzar dicho objetivo. En pocas palabras: se trataría de la "culpabilidad" como "la necesidad de estabilizar la validez de normas a través de la pena" y la medida de la pena como "lo necesario para conseguir tal estabilización"¹⁵⁰.

En concreto, para determinar la "medida de pena" JAKOBS propone los criterios (externos) de orientación en la fijación la "gravedad social" del hecho cometido: 1.- El peso de la norma infringida y de la medida de su infracción, 2.- El grado actual de aseguramiento cognitivo de dicha norma, y 3.- La responsabilidad del autor por su motivación hacia el hecho que ha cometido (o sea si la motivación es de su plena o parcial competencia)¹⁵¹. Este último criterio establecería el límite máximo de la pena: ésta no puede ir más allá de lo que el autor se "merece" en función

¹⁴⁸ JAKOBS, "Der Zweck der Vergeltung...", p. 266, 267 y s.; "Staatliche Strafe...", p. 27, 31 y s.

¹⁴⁹ JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 16 y s.

¹⁵⁰ JAKOBS; "Staatliche Strafe...", p. 17.

¹⁵¹ JAKOBS, "Staatliche Strafe...", p. 32.

de su “responsabilidad”; quedan fuera de consideración finalidades externas a las derivadas de la propia conducta del autor¹⁵².

3.4 Crítica a Jakobs

Las posturas de JAKOBS han sido duramente criticadas desde distintos sectores de la doctrina y con argumentos muy variados¹⁵³.

1.- Sobre la tesis de la *protección de normas* y su rechazo a la “protección de bienes jurídicos” se afirma que las normas no existirían desconectadas de una utilidad social y que precisamente ellas habrían sido creadas para proteger bienes jurídicos (las normas no tendrían sentido sin los bienes jurídicos)¹⁵⁴; y que los ejemplos de Jakobs para sustentar sus críticas a la teoría de bienes jurídicos precisamente se basaría en ejemplos de tipos penales también criticados por partidarios de esta teoría¹⁵⁵.

JAKOBS no desconoce, por cierto, la existencia de bienes jurídicos, así como la teoría dominante no desconoce tampoco la existencia de normas; y ambas posiciones no desconocen la interrelación entre bienes jurídicos y normas; pero, la diferencia irreconciliable está en la preeminencia que se da a uno u otro concepto y en el reproche que se hacen mutuamente sobre los excesos que permitirían una u otra teoría. Así, se critica la falta de límites que tendría el Derecho penal con la tesis de JAKOBS, amplitud que precisamente se buscaría limitar con la teoría de los bienes jurídicos, pues él, conscientemente abre el Derecho penal a todo “problema social” mientras el sistema jurídico no alcance la “complejidad adecuada” para asumirlo. Por su parte, JAKOBS afirma que

¹⁵² Coincidiendo en esto, en gran medida con Kant, y recogiendo su crítica a la “prevención general negativa” (prohibición de tratar a la persona como a un objeto sujeto a finalidades), JAKOBS, “Staatliche Strafe...”, p. 34, 35 y s.

¹⁵³ Debido a la trascendencia que las propuestas de Jakobs tendrían en toda la dogmática penal, las críticas, como es natural, se presentan en todos los niveles afectados por el funcionalismo radical. Aquí solamente pueden exponerse algunas de ellas.

¹⁵⁴ En palabras de ROXIN (traducción libre): “Un sistema social... no debe ser mantenido en aras de sí mismo sino en aras de los seres humanos que viven en la sociedad respectiva”; ver “Rechtsgüterschutz als Aufgabe...”, p. 20 y s.

¹⁵⁵ Ver últimamente ROXIN en: “Problemas actuales...”, p. 19 y ss., 49 y ss. También, expresamente en respuesta a Jakobs, “Rechtsgüterschutz als Aufgabe...”, p. 20 y ss.

la teoría de bienes jurídicos puede ser, y de hecho ha sido históricamente, manipulada para dar cabida a cualquier interés político¹⁵⁶.

Ahora bien, puede observarse que muchas de las críticas de JAKOBS contra la teoría de bienes jurídicos no son nuevas ni decisivas¹⁵⁷. En contra de lo que él afirma, es posible delimitar mejor, aunque sin una exactitud matemática, el ámbito de los bienes jurídicos; y es posible, escoger entre todos estos, cuáles necesitan más protección y contra qué ataques tal protección es más urgente. Para todo esto se han desarrollado precisamente los criterios de "merecimiento" y "necesidad de pena", además de que es posible, incluso antes del empleo de estos criterios, precisar más el contenido mismo de los bienes jurídicos¹⁵⁸. El que el concepto "bien jurídico" no sea preciso, necesite concreción y sea cambiante en el tiempo no es una crítica decisiva. Al igual que los "principios", los bienes jurídicos necesitan ciertamente concreción, pero también crítica, en un debate público; algo que precisamente es manifestación de democracia¹⁵⁹.

¹⁵⁶ JAKOBS, "Strafrecht. A. T.", p. 35 y ss., esp. n. marg. 22 y ss.; "Sobre la normativización...", p. 69 y ss. Más críticas y respuestas de JAKOBS en "Bases para una teoría funcional...", p. 25, 34 y s.; "Sobre la normativización...", p. 47 y ss.; "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...", p. 849 y ss.; y en: Zieschang, "Informe de la Jornada", p. 928.

¹⁵⁷ Por ejemplo, la crítica de que el carácter de "bien jurídico", a través de la historia sería muy cambiante, es rechazada por ROXIN, quien argumenta que nadie defiende un carácter de "validez eterna" en el sentido del Derecho natural de los bienes jurídicos, sino que su concreción se ve afectada por las bases constitucionales y las relaciones sociales del momento; "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 22 y s.

¹⁵⁸ P. ej. mediante una "teoría constitucional"; ver refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico", p. 46 y ss. Últimamente han rescatado la importancia de la teoría de "bienes jurídicos", además de identificar sus coincidencias con la teoría anglosajona del "Harm Principle", VON HIRSCH, WOHLERS y HEFENDEHL, ver en GA 2002, p. 2 y ss. 15 y ss., 21 y ss.; MIR PUIG, "Valoraciones...", p. 76 y ss. PORTILLA CONTRERAS critica la tesis "constitucionalista" tradicional por su falta de concreción; propone en cambio, y bajo un categórico rechazo del funcionalismo sistémico, un "Derecho penal mínimo" en el sentido de "minimización de reacción violenta" pero que contenga la "defensa de derechos económicos sociales" propios de la vida moderna y de la globalización. La Constitución establecería los límites mínimos de valoración para escoger los intereses que deberán protegerse; pero cualquier "bien jurídico" tutelado deberá seleccionarse a partir de que contenga un interés de la persona y éste se vea amenazado directa o indirectamente; ver p. 115 y ss.

¹⁵⁹ MIR PUIG, "Valoraciones...", p. 79; ROXIN, "Rechtsgüterschutz als Aufgabe...", p. 5 y ss., 23.

Un análisis jurídico-penal que prescinda de un contexto valorativo previo, pasaría a centrar el punto de atención, exclusivamente, en el “deber” y no en el “derecho”, lo cual tendría la consecuencia de llevar a un Derecho autoritario por falta de posibilidad crítica¹⁶⁰. La teoría de bienes jurídicos, aunque no pueda explicarlo todo y tenga insuficiencias, sigue siendo, entonces, preferible a la teoría funcionalista de JAKOBS pues ésta no es capaz (ni quiere serlo) de poner límites a la intervención punitiva del Estado. Es cierto que un “Derecho penal restrictivo” constituye una “opción de política jurídica”¹⁶¹, pero, como precisamente intenta la postura “garantista”, la “opción” debería estar incluida ya en la misma dogmática penal para evitar, “desde adentro”, la arbitrariedad, la manipulación del Derecho penal.

2.- La *base filosófico-jurídica* de JAKOBS, su “normativismo”, quiere prescindir por completo de la naturaleza y de la individualidad para definir a la “sociedad”¹⁶², pues –como él mismo afirma- quiere encontrar solamente lo característico de ella. Por eso, no trata tampoco el tema de la legitimación del orden social existente pues presupone que éste –como quiera que haya surgido- sería siempre uno que se determine según su utilidad para las preferencias subjetivas; con el sometimiento de los individuos a las tareas grupales (reparto de roles), las reglas se transformarían en “normas” y los individuos en “personas”¹⁶³. Pero se

¹⁶⁰ Como acertadamente enfatiza MIR PUIG: “Mientras que el concepto político-criminal de bien jurídico condiciona la legitimidad de una norma penal a que sirva a la protección de valores que la merezcan, la concepción de Jakobs invierte en cierto modo el planteamiento y convierte la norma en objeto en sí mismo legítimo de la protección penal: la norma pasa de instrumento que necesita ser legitimado por su fin, a fin en sí mismo legitimado”; ver “Valoraciones...”, p. 79.

¹⁶¹ JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 69.

¹⁶² Tradicionalmente, las dos formas de concebir a la sociedad se remiten a Hobbes o a Kant; en el primer caso, bajo una deducción causal de la sociedad, como una “coexistencia ordenada”, en el segundo, bajo una deducción trascendental de la sociedad, como una “vida común integrada”. En Hobbes, la sociedad se deduce partiendo de la naturaleza por la necesidad de conseguir la paz a través de un instrumento de intimidación: el Estado. Kant no cree que se pueda deducir a la sociedad a partir de la naturaleza; la sociedad sería el medio de desarrollo de la razón; la razón llevaría al ser humano a vivir en una sociedad con otros seres humanos para cultivarse, civilizarse y moralizarse a través del arte y la ciencia. Ver la exposición de KARGL, “Das Recht der Gesellschaft ...”, p. 53 y ss.

¹⁶³ Ver la exposición de la teoría social de Jakobs en KARGL, “Das Recht der Gesellschaft...”, p. 56 y ss., 66.

pasa así por alto que este “déficit en la explicación de la génesis”, que libera al concepto de “sociedad” de la “naturaleza”, tiene el resultado de “liberar” al Estado de la contradicción y el consenso de los sujetos¹⁶⁴.

A esto replica JAKOBS que es cierto que su teoría se interesaría en primer lugar por el “mantenimiento del sistema”, pero que, a través de éste, también incluiría al “sujeto libre”. O sea, la tesis de Jakobs sería “neutral” a la cuestión del “sujeto libre”; si el sistema lo considerara (lo que ocurre en sistemas de Estado de Derecho), entraría a tallar; si no, no¹⁶⁵. Ante la crítica de que el “sujeto libre” debería constituir el contenido principal del Derecho penal, Jakobs observa que la “subjetividad” siempre se desarrollaría en una “socialidad”; no existiría una contradicción “libertad” versus “colectivismo”, pues recién la “sociedad” otorgaría las condiciones objetivas para la “subjetividad”; luego, afirma él: “... sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres”¹⁶⁶. La perspectiva social-funcional no sería hostil al sujeto, sino lo consideraría realístamente dentro de la sociedad. Por ello no debería ser confundida con un modelo social de orientación colectivista o totalitarista; el modelo propuesto sería *neutral*, no estaría atado a un modelo social determinado pues –según Jakobs– pueden ciertamente existir sociedades colectivistas organizadas de manera “funcional” o “disfuncional”, como también puede ocurrir ello en sociedades liberales¹⁶⁷. La “fuerza de autoconservación” del Derecho penal sería irrenunciable. Por ello, una retirada del Derecho penal para dar paso exclusivamente a medidas jurídico-civiles sería inadmisibile, pues no solamente revelaría una crisis del *ius puniendi* sino también de lo público¹⁶⁸.

Pero en contra de lo que afirma JAKOBS, su teoría no puede ser “neutral”, pues ha dejado de aplicar el funcionalismo como mero “método de observación” de un *statu quo* determinado (el “ser”) para

¹⁶⁴ Perspicaz crítica resumida de KARGL, “Das Recht der Gesellschaft ...”, p. 66.

¹⁶⁵ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 27.

¹⁶⁶ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 27 y ss., 29.

¹⁶⁷ “Quien sólo sabe que una sociedad está organizada de modo funcional, no sabe nada acerca de su configuración concreta... Pero sabe una cosa, sabe que esa sociedad posee y usa de un instrumental para tratar los conflictos que se producen de forma cotidiana, como, por ejemplo, los delitos, de tal forma que los contrapesos desplazados vuelvan a estar en equilibrio”; JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 31.

¹⁶⁸ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 31.

representar un “criterio de decisión” (el statu quo como sistema funcional debe ser mantenido); con ello llega a confundir “facticidad” con “normatividad”: la “facticidad” como aspecto inherente a las ciencias sociales no puede sustituir a la argumentación normativa propia del Derecho; la “decisión” sobre un determinado fin solamente puede hacerse desde criterios valorativos¹⁶⁹. Al definir al “individuo” a partir de la “sociedad”, al no asumirlo en su subjetividad, al considerarlo un elemento más del sistema, existe en verdad una identificación con una visión organicista de la sociedad en la cual “...los intereses del individuo son reconocidos en tanto vienen atribuidos por la misma y, por tanto, pueden ser sacrificados –funcionalizados- en aras del interés superior de la perpetuación del todo social”¹⁷⁰. Y es que el concepto mismo de “individuo” está indefectiblemente ligado a “principios”; un método que parte del “individuo”, del conflicto entre individuos (intersubjetividad) tiene que desarrollar una “lógica intersubjetiva” que lleva al reconocimiento de principios garantísticos no contingentes. Pero si se prescindiera de esta consideración intersubjetiva, si lo único que importara fuera el sistema, no tendría cabida la idea de “conflicto” entre intereses subjetivos contrapuestos, ya que solamente interesaría un sujeto: el sistema¹⁷¹. De esta manera, por lo demás, se desatendería la “relación dialéctica” existente entre el “sujeto” y la “sociedad”, una actitud de parece estar influida por la creencia en el mito, nunca probado, de que la totalidad (la sociedad) sería más que la suma de sus partes (los individuos)¹⁷².

3.- Vinculada con las dos anteriores críticas está la que acusa a la posición de Jakobs de postular un fuerte *conservadurismo* e incluso le

¹⁶⁹ ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, p. 243 y ss., 259. La crítica se dirige básicamente al planteamiento de la “responsabilidad subjetiva” (culpabilidad) que viene definida “desde arriba”, o sea desde las necesidades de estabilización del sistema; en cambio la teoría de la pena de Jakobs, entendida como “prevención general positiva” (protección de expectativas mnormativas, reafirmación de víctimas potenciales en la confianza de la vigencia de la norma), eventualmente podría ser compatibilizada con premisas liberales, aunque la formulación no deje de ser, por sí misma, vacía (todo Derecho debe tender a la “protección” de normas jurídicas emanadas de una sociedad); ver ibídem, p. 246, 249 y s. También niegan “neutralidad” a la concepción funcionalista-sistémica de Jakobs, PORTILLA CONTRERAS, p. 107 y s.; MIR PUIG, p. 78 y s.

¹⁷⁰ ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, c. más ref., p. 240; expresamente rebatiendo la respuesta de Jakobs, p. 243 y s.

¹⁷¹ Cfr. ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, c. más ref., p. 242.

¹⁷² LÜDERSEN, “Strafrecht zwischen Funktionalismus...”, p. 883 y s.

llega a atribuir un carácter fascista debido a su acriticismo y a la posibilidad de que legitime regímenes autoritarios.

JAKOBS responde que es cierto que toda sociedad organizada funcionalmente tiende a proteger sus normas, pero eso no iría en contra de su teoría, pues ella solamente quiere describir el funcionamiento comunicativo de la sociedad, no avalarla o cambiarla de manera revolucionaria. Y esta explicación funcional aséptica sería plausible tanto en una sociedad liberal como en una esclavista o en el Derecho de las Américas o en el sistema de la Alemania comunista¹⁷³.

Al Derecho penal solamente le correspondería una función interpretativa hasta el límite de poder evidenciar los alcances de nuevas regulaciones legales y si estas van a tener un efecto positivo o negativo desde la perspectiva de las valoraciones previas a ellas; no sería tarea del Derecho penal, sino del Derecho público “decidir” si las regulaciones constituyen una criminalización excesiva o innecesaria o si existiría un vacío de protección¹⁷⁴. El Derecho penal “... es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar a favor de los cambios políticos de valores”¹⁷⁵; la legitimidad de una teoría determinada (la de “bienes jurídicos” o la de “protección de normas”) “...sólo son tan legítimas como lo sea el estadio de evolución de la sociedad cuyo Derecho retratan”¹⁷⁶. Es más, JAKOBS dice que pretender establecer un “orden nuevo” con el Derecho penal, y no solamente reconocer el “orden existente”, desconocería “...la libertad de los individuos no vinculados por un orden real en ambos lados, tanto en el lado de las víctimas como en el de los autores”¹⁷⁷.

Ahora bien, aunque sea cierto que JAKOBS mismo no haya propuesto ni busque proponer una concepción autoritaria del Estado, lo cierto es que, debido a sus *premisas metódicas*, contiene una “potencialidad” de

¹⁷³ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 32 y s.

¹⁷⁴ Cfr. JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 33.

¹⁷⁵ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 34. En una fórmula resumida dice (traducción libre): “El Derecho penal solamente puede preservar una configuración normativa existente, mas no llevar a mejores tiempos”, ver en “Das Selbstverständnis...”, p. 55.

¹⁷⁶ JAKOBS, “Sobre la normativización...”, p. 70.

¹⁷⁷ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 73 y s.

política criminal autoritaria independientemente de sus intenciones¹⁷⁸. Ello es así porque sus propuestas no son ni pueden ser “neutrales” pues ya su “descripción” inicial del funcionamiento social (como toda teoría de la sociedad) contiene una decisión valorativa, un concepto de “deber ser” escondido dentro del concepto de “función”: el “bien”, el fin, es concebido como el “mantenimiento del sistema”; su “política criminal” apunta a mantener el “estado actual del deber ser” en el sentido de “optimización de la práctica de reconocimiento normativo”¹⁷⁹. Un análisis del Derecho penal, basado en conceptos provenientes de la sociología, como pretende JAKOBS es, por cierto, metodológicamente posible (no lo afecta la objeción de la “falacia naturalista”¹⁸⁰), pero –como acertadamente afirma ALCÁCER– “... la cuestión es si deben o no asumirse las premisas valorativas de la teoría funcionalista de sistemas, dadas las implicaciones y consecuencias que pueden derivarse de ello”¹⁸¹. Y es que el método funcionalista de JAKOBS, peligrosamente, “voltea la tortilla” al hacer que la “racionalidad valorativa” dependa de la “racionalidad instrumental” porque los principios éticos y las garantías limitadoras recién obtendrán su vigencia y su contenido cuando sean funcionales a la conservación del sistema¹⁸². En la opción entre el “individuo” y la “sociedad”, JAKOBS se decide a favor de esta última, y ni siquiera prevé una teoría del Estado que excluya tendencias autoritarias¹⁸³. Proceder así

¹⁷⁸ ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, p. 256. MIR PUIG, “Valoraciones...”, p. 79; BOCK, p. 645, 649.

¹⁷⁹ BOCK, p. 648 y s.; ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, p. 233 y ss., esp. 238 y s.

¹⁸⁰ La “falacia naturalista” es la que se produce cuando, en la argumentación lógica, se derivan del “ser” consecuencias para el “deber ser”. O sea, de la observación de “premisas fácticas” sería falaz obtener “criterios normativos” (estos últimos solamente pueden provenir de otra decisión normativa previa). Ver c. más ref. ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, p. 231 y ss. Pero precisamente en el “funcionalismo sistémico” existe, aunque se niegue esto, una decisión valorativa previa. P. ej. al observar “funciones” en determinada “realidad de la naturaleza”, en realidad, no se está haciendo una “constatación fáctica” (no existen funciones intrínsecas a la física de ningún fenómeno), sino se está asignando a lo observado una “finalidad” basada en un “esquema de valores” del observador. Ver, c. más ref. ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, p. 238 y s., esp. nota 41.

¹⁸¹ ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, p. 239.

¹⁸² Cfr. ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, p. 241.

¹⁸³ El problema se traslada de la dicotomía individuo-sociedad a la dicotomía “sociedad”-“Estado”, pues este último debe ser concebido de tal manera que no desarrolle una dinámica sobredimensionada (sobrerepresión, Derecho penal simbólico) ni subdimensionada (falta de protección de bienes jurídicos); ver LÜDERSSEN, quien

es ciertamente posible en el análisis del “ser”, pero, para poder formular prescripciones de “deber ser” se tiene que ir de la mano con la introducción de límites (a la punibilidad) derivados de criterios axiológicos orientativos; si no se hiciera esto, se caería en el “decisionismo”. En ese sentido, la teoría de JAKOBS tiende a mantener el statu quo, a ser acrítica y, por lo tanto reaccionaria¹⁸⁴.

La construcción meramente normativo-funcional de las categorías jurídicas son extrañas a un *control externo*, a una constatación empírica. Precisamente, el reconocimiento de lo ontológico y de valores como base de la cual parte el Derecho tiene la finalidad de no dejar desamparado al ciudadano frente a la posible manipulación (históricamente experimentada) del Derecho. Así, el concepto de “bien jurídico” no es una construcción gratuita que pueda ser reemplazada con la “lesión de la norma”, pues sólo el concepto de bien jurídico permite controlar al legislador y al intérprete en la formación y la aplicación de las leyes penales.

JAKOBS replica que él tampoco busca una “constatación empírica” a la “estabilización de normas” pues no sería necesaria desde la perspectiva normativa.

Pero, de esta manera, la teoría funcionalista se vuelve extremadamente *positivista y formal*; el “intérprete”, en contra de lo que tradicionalmente ha entendido la doctrina jurídica, solamente se limitaría a describir, explicar el sistema positivo de normas de una sociedad determinada, sin introducir, de ninguna manera, “consideraciones valorativas” de sobre cómo debería ser conformada la sociedad¹⁸⁵. Esto vuelve al tema del “conservadurismo”, pues para JAKOBS, la sociedad, tal como está, es un “ser” que solamente debe ser analizado, no valorado; las valoraciones vendrían recién con la “política criminal” y no con el Derecho penal mismo; y este último no se verá afectado por las valoraciones del primero. Es decir, JAKOBS vuelve a separar estrictamente Política

propone para ello una “teoría de la experiencia”, “Strafrecht zwischen Funktionalismus...”, p. 892 y s.

¹⁸⁴ ALCÁCER, aunándose a otras voces críticas conocidas, “Facticidad y normatividad”, p. 256 y s.; PORTILLA CONTRERAS, c. más ref., p. 108

¹⁸⁵ ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, p. 252 y ss.

Criminal y dogmática penal¹⁸⁶. Pero esto no es fácticamente viable porque ya hace tiempo se ha demostrado que no es posible una mera "subsunción formal" de la ley penal (la interpretación dada por el operador del Derecho siempre tendrá que recurrir a un razonamiento teleológico y valorativo)¹⁸⁷.

El potencial conservador de la teoría de JAKOBS puede llevarlo a sacrificar al "individuo" frente al interés primordial de "estabilizar el sistema". Ello se mostraría de manera patente –y JAKOBS lo ha expuesto así sin ambages- en la "culpabilidad" y en la "fijación de la pena"¹⁸⁸.

4.- La *prevención general positiva*, como tarea del Derecho penal, como ya se dijo, consistiría, para JAKOBS, en afirmar ante todos los individuos la validez (o vigencia) de valores fundamentales (bienes jurídicos) con lo cual se da forma a un juicio ético-social entre ellos y se fortalece su "fidelidad al Derecho". No se trataría de crear miedo, sino de tranquilizar mediante una pena que restablezca la vigencia de la norma afectada con la finalidad de posibilitar la convivencia pacífica de los ciudadanos en sociedad¹⁸⁹.

Esta idea de preservación de la "vigencia de la norma" atribuida a JAKOBS, lleva a la aplicación también funcionalista de la prevención como atribución a cambio de la "culpabilidad". Pero una concepción tal sería muy peligrosa, pues, si se quieren limitar los peligros de la prevención general (la extralimitación en las penas), no se puede prescindir del "principio de culpabilidad" tal como ha insistido continuamente ROXIN¹⁹⁰. Por otro lado también se podría objetar aquí el carácter total-

¹⁸⁶ Cfr. ALCÁCER, c. más ref., p. 253 y s.

¹⁸⁷ ALCÁCER, c. más ref., "Facticidad y normatividad...", p. 254 y s. El "teleologismo" de Jakobs se reduce a la "estabilización del sistema normativo" no dice nada pues todo sistema jurídico busca siempre un "reconocimiento" de validez; esa "finalidad" seguirá vacía de contenido mientras no diga cuál es el medio para que se consiga llevarla a cabo (¿el terror, la internalización de valores, etc.?); ver ibídem, p. 255.

¹⁸⁸ ALCÁCER, "Facticidad y normatividad...", p. 258 y s.

¹⁸⁹ JAKOBS, describiendo el delito como contradicción de la norma, se refiere a la necesidad de garantizar "orientación en la vida social" de los ciudadanos que interactúan en la sociedad; el delito perturbaría esto y la pena tendría que confirmar a los que confían en las normas que estas siguen teniendo vigencia; ver "Strafrecht A. T.", p. 6 y ss.

¹⁹⁰ Ver últimamente, c. más ref., "Strafrecht A. T.", p. 59 y ss., n. marg., 48 y ss.; "Dogmática penal y política criminal", p. 171 y ss.

mente acrítico de esta concepción pues presupondría la bondad de los “valores” previamente dados cuya fidelidad se quiere asegurar. Además, en relación con la “prevención general negativa” esta teoría implicaría, en realidad, solamente un cambio de formulación: sea que se hable de “motivación” o “fortalecimiento de la fidelidad al Derecho”, ellos constituyen los efectos deseados, pero desde la perspectiva del ciudadano la pena implica también “intimidación” dentro de este marco, además de un uso instrumental con fines ajenos al individuo en aras de un sistema de normas declarado como el bien de mayor nivel moral¹⁹¹.

La crítica inicial a la formulación inicial de la “prevención general positiva” de JAKOBS, sin embargo, ha perdido algo de actualidad, ante la nueva formulación expuesta por éste en un sentido incluso más radical en apego a la doctrina filosófica de Hegel. Ahora ha prescindido por completo de toda “finalidad” de la pena, pues ella solamente buscaría la *estabilización de la norma*. La pena no tendría por qué perseguir un fin determinado, sino se legitimaría únicamente a través de la necesidad de marginalizar la afirmación que hace el delincuente con su hecho (“la norma no vale”) mediante una contraafirmación objetivada en la pena (“la norma sí vale”)¹⁹². Se había criticado a Jakobs que el criterio rector la de “estabilización del sistema” (delito sería todo lo que atenta contra esto) sería de difícil, si no de imposible constatación empírica¹⁹³. Ahora esta crítica ya no lo alcanza (ni la de su identificación con la prevención general negativa), pues, como él mismo admite, el fenómeno de la “confirmación de la identidad” logrado por el Derecho penal no puede aprehenderse empíricamente; ni tampoco interesaría esto: la vigencia perturbada de la norma se reestablecería solamente en el plano de la comunicación¹⁹⁴.

¹⁹¹ Cfr. KARGL, “Handlung und Ordnung”, p. 568 y s.

¹⁹² GÜNTHER, “Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe”, p. 205; SCHÜNEMANN, “La relación entre ontologismo...”, p. 646 y s. La crítica se dirige fundamentalmente a la última versión del funcionalismo radical de Jakobs (antes postulaba la “prevención general positiva”) que, según la observada por Schünemann (ver ídem, p. 645), empezó a regir desde 1992.

¹⁹³ Así, SILVA SÁNCHEZ, quien destacaba inicialmente la “potencialidad reaccionaria” de la teoría de Jakobs; ver “Aproximación”, p. 70. Pero en últimas publicaciones se ha acercado a esta postura de Jakobs; ver en especial “Die Expansion des Strafrechts”.

¹⁹⁴ JAKOBS, “Bases para una teoría funcional...”, p. 21.

Pero con esta nueva posición, JAKOBS cae en la *tautología y la circularidad* criticadas, en general, al funcionalismo de Luhmann, pues “la finalidad del Derecho de ejercitar en el reconocimiento de la norma no es más que la pretensión de respeto a que tiende todo sistema de normas prescriptivas... Con afirmar dicho fin no se ha dicho aún nada puesto que no se explicita cómo debe llevarse a cabo”, o sea, qué mecanismo va a entrar en acción para proteger la “expectativa normativa”¹⁹⁵. Para responder a esta pregunta se tendrá que volver a introducir la noción de “finalidades preventivas”. Además, esta “forma cómo” debería poder ser constatada empíricamente en cuanto al cumplimiento de los fines; la “validación empírica” es un criterio insustituible de legitimación en la teoría de los fines de la pena¹⁹⁶. Con ello, el sistema funcionalista dejaría de ser “cerrado” tal como lo pretenden sus defensores. Y en efecto, el propio JAKOBS no puede evitar recurrir a criterios “valorativos” para concretar el “fin” de “estabilización del sistema jurídico”. Así, ya la finalidad de proteger la “vigencia de las expectativas” de seguridad de los ciudadanos frente a eventuales lesiones de sus intereses implica una cierta concreción, aunque todavía no se precisan los “medios”¹⁹⁷. Por cierto que resulta dudoso que estos “medios” puedan ser encontrados alguna vez y que la teoría funcionalista radical no pase de proporcionar meras “consideraciones de plausibilidad” sobre los efectos reales de la prevención general positiva¹⁹⁸.

Por otro lado, SCHÜNEMANN critica el error metodológico de deducir de la “lesión a la norma”, automáticamente, la “sanción penal

¹⁹⁵ ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, c. múlt. ref. de literatura sociológica y filosófica, “Facticidad y normatividad...”, p. 250, 251 y s. La “circularidad” está en que el “telos” perseguido en el sistema de Jakobs no puede concretarse sino remitiendo otra vez a las normas positivas de la cual fue extraído; ver *ibidem*, p. 255. También críticamente, en el mismo sentido, respecto al fin “aseguramiento de la existencia” que, en principio, sostiene Jakobs, LÜDERSEN, “Strafrecht zwischen Funktionalismus...”, p. 885. Este último autor encuentra, sin embargo, elementos en el análisis de Jakobs (particularmente en su definición de “comunicación personal” y en la “culpabilidad”) que demostrarían que no habría desvinculado por completo la tarea del Derecho penal de los intereses individuales en la sociedad; más bien, Jakobs, a diferencia de las doctrinas dominantes tradicionales, solamente iría a un mayor grado de abstracción, a una mayor generalización de la protección de los individuos (diferencia cuantitativa); *ibidem* p. 881, 887, 891.

¹⁹⁶ ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, p. 259; BOCK, p. 654 y s.

¹⁹⁷ ALCÁCER, “Facticidad y normatividad...”, p. 256.

¹⁹⁸ BOCK, p. 655 y s.

específica" dado que la gran mayoría de lesiones a la norma quedan impunes¹⁹⁹. La base misma de la dogmática penal postulada por JAKOBS se manifiesta aquí en toda su crudeza: la pena no tendría un fin sino que ella constituiría ya por sí misma el alcance de un fin (método de "reducción medio-fin desde el fin"). Ante esto SCHÜNEMANN opone que "... en una justicia que alcanza su fin mediante su mera existencia no hay lugar para una política criminal en el sentido de acreditación y control a través de persecución de fines demostrable empíricamente"²⁰⁰

La nueva posición de JAKOBS sobre la "función de la pena" no es por cierto consecuencia vinculante con sus otras propuestas. Se puede llegar a conclusiones similares desde posiciones más bien tradicionales. Así, los que postulan un carácter "simbólico-expresivo" de la pena coinciden en afirmar que la pena *también* tendría una función "estabilizadora" de normas (aparte de atender a la víctima y reprochar al delincuente) pues se dirigiría igualmente a la generalidad a la cual comunicaría que la conducta constituye un injusto y no un accidente, que esta conducta no es aceptada y que la responsabilidad por ello no recae ni en la víctima ni en la generalidad²⁰¹. Y tampoco esta "prevención general positiva" es nueva, pues presenta notables coincidencia con la "teoría de la anomia" de Durkheim, la cual también entendía que ante una "conducta desviada" como el "delito" se debía reforzar la consciencia colectiva mediante una desaprobación simbólica, ceremonial y pública²⁰².

5.- La concepción de la *culpabilidad* de JAKOBS es inaceptable por varios motivos. En primer lugar, no convence su afirmación de que la "culpabilidad" en el sentido de la "retribución", no sea capaz de proporcionar una *medida de la pena*, que ésta recién pueda obtenerse a través de finalidades externas (preventivas); esta afirmación no demuestra, en todo caso, que el "principio de culpabilidad" sea innecesario y que, obligatoriamente, se tenga que admitir un "concepto funcional de culpabilidad" en el sentido de "práctica en la fidelidad de la norma"²⁰³.

¹⁹⁹ SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo...", p. 647.

²⁰⁰ SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo...", p. 648.

²⁰¹ GÜNTHER, quien cita expresamente a Jakobs, p. 218 y s.

²⁰² Observación de BOCK, p. 636.

²⁰³ BOCK, p. 638 y s.

Tal afirmación parece contener, más bien, una confusión. Y es que, tal como hace la doctrina penal alemana desde mediados de los 70, debe distinguirse la culpabilidad como “fundamentadora de la pena” (principio de culpabilidad) de la culpabilidad como criterio de “medición de la pena”; esta última función puede discutirse en cuanto a sus alcances²⁰⁴. La crítica de JAKOBS apunta a esta última función, pero descuida la primera²⁰⁵ aparte de que tampoco el funcionalismo radical pueda por sí mismo garantizar una “medida” de pena justa si solamente se basara en el criterio empíricamente indemostrable de lo “necesario” para mantener la “fidelidad normativa”²⁰⁶.

En segundo lugar, precisamente esta función de “principio” de determinación del “sí” de la pena que cumple el “principio de culpabilidad”, lo hace irrenunciable para el Derecho penal pues, gracias a él se tiene una garantía ante las posibilidades de abuso, arbitrariedad, de instrumentalización (incluso con fines sociales) del ciudadano. Por eso se afirma categóricamente que el “principio de culpabilidad” está al mismo nivel que el principio constitucional de la “dignidad humana”: el ser humano no debe ser instrumentalizado para servir a intereses sociales de estabilización²⁰⁷. La “culpabilidad” tiene que poner un límite límite a toda política criminal y al derecho positivo así sean estos entendidos en el sentido de que pretendan solamente una “práctica de reconocimiento normativo”. Es más, este principio exige que la ley, en el fondo, solamente tenga un “carácter declarativo” y que no sobrepase el entendimiento material que se tenga de la culpabilidad (una “consciencia del injusto anterior a lo positivo”, un “mínimo ético”, etc.)²⁰⁸. El que la ley vigente, a veces, no respete este principio, es un asunto diferente y no afecta al análisis sistemático-funcional²⁰⁹.

²⁰⁴ Enfatiza en esta distinción, c. más ref., ROXIN, “Strafrecht A. T.”, tomo I, p. 747, especialmente criticando la tesis de Jakobs, p. 739.

²⁰⁵ Por eso BOCK dice de la crítica de Jakobs a la teoría tradicional de la culpabilidad (para identificarla luego con la “prevención general positiva”) que implicaría una “batalla aparente en escenarios secundarios”; p. 639.

²⁰⁶ Cfr. BOCK, p. 656.

²⁰⁷ ROXIN, c. más ref., “Strafrecht A. T.”, tomo I, p. 724 y ss.; igualmente el mismo autor en: “El principio de culpabilidad...”, p. 171 y ss., y “Problemas actuales...”, p. 66; BOCK, p. 642.

²⁰⁸ BOCK, p. 646 y s.

²⁰⁹ Cfr. BOCK, p. 646 y s.

6.- La distinción entre *individuo* y *persona*, que pretende diferenciar entre estado natural y sociedad, entre hecho y validez, instrumentalidad y normatividad, resulta artificial cuando –como ocurre con la teoría de Jakobs que prescinde del origen de lo común- la norma social se llega a transformar en un *factum* en estado natural, cuando el ser de la persona se agota en su inclusión en un hecho social²¹⁰. Aunque Jakobs afirme que el ordenamiento del deber ser social que postula surgiría cuando la norma contenga el parámetro que sirva para la “comunicación” (o sea, la descripción de la conducta que interesa a todos cumplir y hacer respetar) y que las prohibiciones que no cumplan con esta comunicación social no serían normas (sino solamente imposiciones que contienen dichos sobre consecuencias desventajosas), estas afirmaciones no pueden prescindir de los individuos: si se prescindiera de los individuos, el ordenamiento conceptuado se asemejaría a un suceso natural, nada impediría que el orden normativo mismo contenga “violencia” (arbitraria), pues tampoco existirían parámetros para definir cuándo esta violencia se presentaría²¹¹.

Por otro lado, trasladada a lo penal esta diferenciación entre persona e individuo, tropieza con contradicciones. Así, cuando la “persona” hubiera infringido la norma (defraudación de expectativas), lo lógico sería retirarle su “personalidad”; el delincuente se habría excluido por sí solo de la sociedad. Pero esto resultaría desproporcionado y llevaría a consecuencias inhumanas; por eso, Jakobs tampoco quiere esto; pero si el infractor de la norma continúa siendo persona, ¿cómo es posible, lógicamente, que una “persona” que por definición realiza conductas correctas pueda infringir la norma? Jakobs ofrece la salida de distinguir entre “personalidad material” (la que actúa de conformidad con la norma) y “personalidad formal” (la de aquél que infringe la norma pero tiene la aptitud de participar en el esquema del deber ser). Esta es una solución que suena artificial, sobre todo, cuando en otro desarrollo de su

²¹⁰ Cfr. KARGL, “Das Recht der Gesellschaft ...”, p. 60 y ss.

²¹¹ Cfr. KARGL, “Das Recht der Gesellschaft ...”, p. 62. Jakobs solamente pone un límite a la “carga” que supone el ser “persona”: cuando la sociedad exija del individuo el sacrificio de su propia existencia, la “persona” puede recurrir al “mundo instrumental”, se volvería “individuo” (Jakobs denomina a esto: “la salida del individuo”) y el “grupo” toleraría esto.; ver *ibidem*.

doctrina JAKOBS sí admite que “personas” que delinquen puedan autoexcluirse y transformarse en “enemigos” (ver el punto 8).

También hay con la concepción de la “pena” y la “medida de pena” propuestas por JAKOBS. Según él, como la infracción de la norma (y con ello la negación de las condiciones de la vida en común) y la consecuencia jurídica ocurrirían en el mundo normativo, no sería tarea del Derecho penal la “dirección de conductas”; la “pena” solamente podría tener la tarea de “negar” el “significado” dado a la norma vigente que el delincuente haya expresado con su conducta. Pero, como ya se dijo, esta concepción contiene el peligro de la “desproporcionalidad” de la pena, peligro que no puede ser rebatido con los argumentos de JAKOBS de que frecuentemente no existiría el peligro de que se imite la infracción de la norma y que la medida de la pena tendría que orientarse en la medida de la “negación de personalidad objetivada en el hecho”. Al primer argumento se puede contestar que la determinación de si existe o no un “riesgo de imitación” sería arbitraria y llevaría a contradicciones valorativas en cuanto a la gravedad de los distintos delitos (p. ej., los homicidios tendrían una menor pena que los hurtos); y al segundo argumento se puede reprochar una grave incongruencia: no es compatible con la definición normativa de “persona” la posibilidad de graduar la “negación de personalidad”; se necesitarían parámetros cuantitativos sin saber cuál es su origen²¹².

Por lo visto, el mismo JAKOBS, al final, no puede tampoco dejar de recurrir a algún elemento “individual-psicológico” a la hora de definir la “comunicación personal”, pues admite que en el “proceso comunicativo” tendrían que considerarse “la unidad y la complejidad de la consciencia”²¹³.

²¹² Ver la crítica de KARGL, “Das Recht der Gesellschaft ...”, p. 65.

²¹³ JAKOBS, “Strafrecht zwischen Funktionalismus...”, p. 874, nota 70, al final. LÜDERSEN, de quien parte esta aguda observación, atribuye, por eso un “eclecticismo mínimo” en las tesis de Jakobs que, apartándose con esto de su fuente sociológica (Niklas Luhmann), llevaría a admitir el carácter originario del sujeto; ver “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...”, p. 887 y s.

7.- También puede discutirse la validez y posibilidad de aplicación práctica de conceptos funcionalistas como *comunicación* y *estabilización de la confianza en el ordenamiento normativo*.

El concepto *comunicación*, como elemento del "sistema social" ha sido tomado por JAKOBS de la teoría social de Niklas Luhmann, quien pretende, excluyendo todo lo ontológico y en un nivel muy abstracto que sirva luego de modelo universal, explicar la "sociedad" como sistema autopoietico, o sea con capacidad de autoobservación, autodescripción, autoorganización e incluso, autodirección²¹⁴. Un sistema autopoietico como el propuesto por Luhmann es, por cierto, cerrado y circular, lo cual se opone, ya desde el principio, al entendimiento usual del Derecho como sistema "abierto"²¹⁵. Pero también es discutible la desvinculación de los "sistemas" (supuestamente autopoieticos) analizados; en el caso de un sistema social en concreto, éste estaría desvinculado de otros sistemas, tanto sociales como individuales. En lo que interesa al Derecho, que funcionaría a través de la "comunicación", la desvinculación de los sujetos de tal "comunicación", o sea la total desubjetivización, tendría implicancias éticas inaceptables pues privaría al sistema social de su "base vital", de su relación con "valores" y de una posibilidad de controlar la eficacia del sistema jurídico con lo cual se tiende al "legalismo"²¹⁶. La referencia al "sujeto" es, entonces, indispensable en todo modelo explicativo de la sociedad o de un elemento de ella (como el Derecho, en general, o el Derecho penal, en particular) para poder encontrar las causas y los mecanismos de lo analizado, pues, de lo contrario, el modelo solamente podrá explicar los "efectos" (déficit explicativo de la génesis) de una diferenciación funcional en la sociedad; las estructuras (sociales) no tienen actividad propia sino se modifican recién con la actuación de individuos y actores colectivos²¹⁷. Como

²¹⁴ Ver ref. en KARGL, quien advierte que, entre las distintas posibilidades de entendimiento del concepto "autopoiesis", la de Luhmann llevaría a admitir incluso una "autorreproducción del sistema", con lo cual éste se transformaría en un "supersujeto"; "Kommunikation kommuniziert?", p. 356 y ss., esp. 358.

²¹⁵ KARGL, "Kommunikation kommuniziert?", p. 360.

²¹⁶ KARGL, c. más ref., "Kommunikation kommuniziert?", p. 353, 363, 370 y ss., esp. nota 78.

²¹⁷ KARGL, c. más ref., "Kommunikation kommuniziert?", p. 370 y ss., esp. notas 78 y 89.

resume KARGL: no es la "comunicación" la que comunica, sino los "sujetos"²¹⁸.

El concepto *estabilización de la confianza en el ordenamiento* resulta arbitrario y contraproducente para los propios fines funcionalistas. Por un lado, este concepto (o finalidad) no es accesible a una medición empírica (¿cómo medir que se ha conseguido el mínimo de estabilización?) y queda en manos del libre arbitrio del legislador o del juez; por otro lado, si se divulgara entre la población que la punibilidad no dependería de la actitud con la que se actúe sino de factores externos a los ciudadanos, el resultado será precisamente una falta de estabilización de la confianza en el ordenamiento²¹⁹. En la práctica judicial, sería, por ejemplo, impensable e incomprensible para el afectado que el juez fundamente su resolución afirmando que, aunque no tiene pruebas de que el sujeto haya actuado "queriendo" el resultado producido, se le va a imponer una pena para reforzar la confianza de los ciudadanos en la validez normativa²²⁰.

Y es que el problema de aplicación práctica de este concepto funcionalista radica precisamente en su naturaleza, o sea en su carácter "latente". Desde que deja de ser "latente", pierde eficacia; o sea, para que "funcione" la pena como reafirmación en la vigencia del ordenamiento normativo, este objetivo –si fuera el único– tendría que permanecer "oculto" a los ciudadanos, pues si ellos lo conocieran, precisamente dejarían de actuar en el sentido que se quiere²²¹. La racionalidad de los ciudadanos es diferente a la de un Derecho penal funcional; a los primeros les interesan sus propios objetivos y valores, entienden un código moral que está mejor representado por la "culpabilidad" entendida como pena justa derivada de haber hecho algo "malo" (con dolo o con imprudencia), y no como pena dirigida a mantener la fidelidad normativa en los ciudadanos²²².

²¹⁸ KARGL, "Kommunikation kommuniziert?", p. 373.

²¹⁹ ROXIN, "Strafrecht. A. T.", p. 739 y s.

²²⁰ BOCK, p. 651.

²²¹ Cfr. BOCK, quien analiza el problema de la "latencia", p. 649 y ss.

²²² Cfr. BOCK, p. 652 y s.

El entendimiento jakobsiano de la “prevención general positiva” pone de manifiesto el *riesgo de irracionalización* derivado de la aplicación de métodos sociológicos al Derecho penal. Al considerar al Derecho penal como un medio más de “control social”, también se quiere equi-parar funcionalmente las llamadas “funciones latentes” (efectos que también sirven a la estabilidad social pero no son perseguidas o asumidas conscientemente; p. ej. la venganza) con las “funciones manifiestas” (las perseguidas conscientemente y aceptadas por la generalidad) de la pena. Pero esto va en contra del garantismo más elemental pues supone sustituir la legitimación derivada de un consenso real por la producción estratégica de un consenso ficticio. Por eso afirma ALCÁCER enfática y acertadamente: “... el lenguaje de la *racionalidad sistémica*, basado en el código binario de lo funcional/disfuncional, no es traducible al lenguaje de la *racionalidad intersubjetiva*, en el cual la comprensión de lo social y, por ello, de lo jurídico, parte de la idea democrática de creación intersubjetiva del Derecho, del mutuo reconocimiento de derechos entre los individuos y, por tanto, del establecimiento de principios no instrumentalizables en aras de la sociedad”²²³.

8.- En un ulterior desarrollo de la distinción entre “individuo” y “persona” JAKOBS ha comenzado a desarrollar lo que él denomina *Derecho penal del enemigo*. Inicialmente JAKOBS no empleaba una posición tan radical, aunque el contenido de esta idea ya estaba presente en su manual y en contribuciones anteriores a la hora de tratar los “delitos de peligro abstracto” y otros casos de punibilidad adelantada²²⁴.

En sus primeras menciones al “enemigo”²²⁵, afirmaba que un “Derecho penal del enemigo”, solamente debería tener legitimidad en un “Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente”, y que ello

²²³ ALCÁCER (las cursivas son del original), “Facticidad y normatividad...”, p. 261. LÜDERSSEN observa, sin embargo, que los juristas nunca habrían respetado este esquema interpretativo de la sociología; “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...”, p. 877.

²²⁴ JAKOBS, “Strafrecht A. T.”, cap. 2, n. marg. 25a y ss., p. 46 y ss.; y también en “Bases para una teoría funcional...”, p. 209 y ss. (que recoge su artículo “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, publicado en la revista ZStW 97, 1985, p. 751 y ss.).

²²⁵ Ver “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, ZStW 97 (1985), p. 751 y ss. El texto ha sido traducido al español y publicado, en el Perú, en “Bases para una teoría funcional...”, p. 209 y s. En el párrafo que sigue, las referencias se refieren a la versión española.

sería, más bien, signo de una falta de “fortaleza del Estado de libertades”²²⁶. El término “Derecho penal del enemigo” era usado así para criticar, más bien, a la doctrina tradicional y a la legislación penal basada en aquella, que, mediante algunas figuras dogmáticas tratarían al “ciudadano” como un “enemigo”. JAKOBS criticaba a la teoría de “bienes jurídicos” por tratar al “autor” como “enemigo del bien jurídico”, como fuente de peligro. Además, identificaba que tal tratamiento se presentaría de lege lata en algunos tipos penales como en la “falsificación documental” y la “producción, adquisición o entrega a otro de sustancias radioactivas”, en los cuales se “desprivatizarían” las conductas para poder acceder a otro aspecto interno, el de los “planes del sujeto”, tratándolo así como “enemigo”²²⁷. De esta manera, el Derecho penal se habría adelantado para proteger mejor bienes jurídicos, pero penetrando ilegítimamente en el “ámbito interno” de las personas. Por ello resume JAKOBS: “... el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad”²²⁸.

Con motivo de la “Jornada Berlinese” de 1999, JAKOBS retomó y radicalizó esta idea en el sentido de que, en la situación actual, en la que el “dominio del sistema económico” y la “globalización” exigen a la ciencia penal una “efectividad” en la protección de bienes, una “sociedad consciente de los riesgos” no tendría otra alternativa que construir un “Derecho penal del enemigo”, unas “reglas” especiales –distintas de las del Derecho penal del ciudadano– dirigidas a las “no personas” o sea a aquellas que se hayan apartado permanentemente del Derecho²²⁹. Para estos casos, el “Derecho penal del enemigo” debería prever una amplia anticipación de la punibilidad (delitos de peligro); una pena reducida pero no correspondiente a la anticipación; una legislación penal de “lucha”; y la reducción de garantías procesales. Muchas de estas medidas ya habrían sido tomadas (inconscientemente) por el legislador alemán y admitidas por la doctrina sin mayores problemas y como ha ocurrido con

²²⁶ En “Bases para una teoría funcional...”, p. 247, 246, respectivamente.

²²⁷ En “Bases para una teoría funcional...”, p. 211, 233, respectivamente.

²²⁸ En “Bases para una teoría funcional...”, p. 215.

²²⁹ JAKOBS, “Das Selbstverständnis...”, p. 47 y ss. En posteriores trabajos ha desarrollado más esta idea; ver, en especial, “Staatliche Strafe...”, p. 40 y ss.; “Personalität und Exklusion...”, p. 460 y ss., y en: JAKOBS/ CANCIO MELIÁ, p. 21 y ss.

los tipos de “preparación de un delito” (Verbrechensvorbereitung)²³⁰. En concreto, JAKOBS identifica “enemigos” en las siguientes áreas: según su actitud, en los delitos sexuales y, en supuestos de criminales habituales; según su ocupación, los delincuentes económicos y los de la criminalidad organizada; según su vinculación con una organización, terrorismo, criminalidad organizada, tráfico de drogas, complot para asesinar²³¹.

La situación de emergencia actual estaría condicionada y tendería a incrementarse por la disminución de fuerza vinculante de la sociedad, derivada de la desintegración de la familia y el “multiculturalismo” desintegrador; una sociedad tendrá “enemigos” que circularán abiertamente como tales o “con piel de cordero”²³². Estas “no-personas” (a diferencia de las “personas” capaces de “comunicación normativa” y cuyos delitos solamente podrían “irritar” internamente a la sociedad) equivaldrían a un “entorno perturbador” (störende Umwelt) y, como no ofrecen la garantía mínima de “cognitividad” para poder ser tratadas como “personas”, deberían ser excluidas mediante reglas especiales previstas como una “segunda vía” si se quiere salvar el “Derecho penal de los ciudadanos”. La “pena” tendría, entonces, una diferente función preventiva según el destinatario de la norma que se trate: si se tratare de “personas” (participantes de la comunicación), a ellas se dirigirá la “función abierta”, “confirmadora” de las normas, a las cuales se les ejecutará de todos modos la pena para “objetivizar” duraderamente la declaración de culpabilidad; si se tratare de “no-personas” (enemigos), o sea sujetos que solamente actúan siguiendo el modelo de satisfacción/insatisfacción (el homo phaenomenon de Kant), la pena tendrá solamente “funciones latentes”, pues de ellas se quiere que aprendan “fidelidad jurídica” o “intimidación”²³³. El “Derecho penal del enemigo” equivaldría a una “guerra”, aunque relativizada por la peligrosidad que se atribuya al enemigo (“lo que se tema del enemigo”); mientras más peligrosidad demostrara el “enemigo”, más se incrementaría su “despersonalización”,

²³⁰ JAKOBS destaca este ejemplo, con una exposición histórica, y da otros más existentes en la legislación penal alemana vigente; ver últimamente en “Staatliche Strafe...”, p. 45 y s.

²³¹ JAKOBS, “Das Selbstverständnis...”, p. 52; “Staatliche Strafe...”, p. 41 y s.

²³² JAKOBS, “Das Selbstverständnis...”, p. 52 y s.; también similar en “Personalität und Exklusion...”, p. 462 y s.

²³³ JAKOBS, “Das Selbstverständnis...”, p. 50.

tal como habría ocurrido con los prisioneros en Guantánamo²³⁴. Por eso, afirma JAKOBS, que “constituye la tarea apenas comenzada de la ciencia, el identificar las reglas del Derecho penal del enemigo y, aislarlas del Derecho penal del ciudadano, a fin de poder persistir con más énfasis en este último en el tratamiento del delincuente como persona del Derecho”²³⁵.

En el plano del Derecho penal internacional –siempre según JAKOBS– a primera vista parecería que también se estuviera empleando (aunque sea inconscientemente) el concepto de “enemigo” con la creación de un Tribunal Penal Internacional o jurisdicciones penales supranacionales para juzgar actos de violación a los derechos humanos cometidos por altos funcionarios gubernamentales y militares. En realidad, dice JAKOBS, pese a la apariencia de que la pena tendría aquí la función de “asegurar cognitivamente” la vigencia de los derechos humanos en contra de las infracciones de aquellos sujetos, en realidad, a estos no se les quita la personalidad sino se les estaría “imponiendo una personalidad” ante un ordenamiento todavía inexistente²³⁶. JAKOBS afirma que por más que se diga que aquí se trataría de confirmar la validez de los derechos humanos, dado que todavía no se habría construido un ordenamiento basado en una teoría consistente de “derechos humanos” vigente en el lugar y en el momento en donde se realizan las infracciones (o sea que sirva de “orientación normativa”), al sujeto se le estaría sancionando no por la “comunicación” que realice en el sentido de quebrantar un ordenamiento establecido, sino por no haber constituido un ordenamiento todavía inexistente; y esto atentaría contra el principio de legalidad y solamente constituiría una “pena en estado natural”²³⁷.

²³⁴ JAKOBS, “Staatliche Strafe...”, p. 44.

²³⁵ JAKOBS (traducción libre), “Das Selbstverständnis...”, p. 53. Entonces, según JAKOBS, debería diferenciarse “limpiamente” entre “ciudadano criminal” y “enemigo”; para el primero regiría el Derecho penal común que espera a que el autor exteriorice su hecho; para el segundo, el “Derecho penal del enemigo” no espera, sino dispone contra él todo lo necesario incluso “años antes” de que cometa el hecho; ver “Staatliche Strafe...”, p. 41.

²³⁶ JAKOBS, “Personalität und Exklusion...”, p. 464 y s.; “Staatliche Strafe...”, p. 47.

²³⁷ JAKOBS, “Personalität und Exklusion...”, p. 465 y s., 467. Recientemente JAKOBS es incluso más contundente: “Al autor se le declara entonces como persona en el Derecho para poder fingir una validez universal de los Derechos Humanos, presentes idealmente, como si ya existieran en la realidad”; “Staatliche Strafe...” (traducción libre), p. 47.

JAKOBS concluye afirmando que él no estaría en contra de establecer Derechos Humanos de validez universal, sino que solamente quiere, fiel a su concepción y terminología, aclarar que por ahora, con los tribunales penales supranacionales e internacionales “no se pena a ciudadanos sino se maltrata a enemigos”²³⁸.

El rechazo de la doctrina alemana ha venido condicionado, en primer lugar, por los términos utilizados por Jakobs, pues recuerdan a los empleados durante el régimen nazi-fascista: “enemigo”, “no persona”, así como por la afirmación categórica de que no habría “otra alternativa” que recurrir a tal “Derecho penal del enemigo”²³⁹. Y también ha sorprendido el cambio radical del uso que hace Jakobs con el término “enemigo”. SCHULZ ha afirmado por eso que con ello Jakobs habría pasado de una categoría analítica en el sentido de un “así no es” a una categoría de “así quizás sí” o de un “así necesariamente sí”²⁴⁰.

Pero no solamente la terminología merece un rechazo inmediato, sino también las bases en las que se asienta, así como las consecuencias a las que tiende el reconocimiento de un “Derecho penal del enemigo”²⁴¹. Para el Derecho penal de herencia liberal, todo delincuente, por el hecho de que haya cometido un delito cualquiera no deja de ser “persona” en el sentido de sujeto portador de todos los derechos. En el caso de conductas que, debido a la complejidad de la vida moderna, son especialmente peligrosas, de difícil persecución y de difícil probanza (p. ej. la “criminalidad organizada”), el Derecho penal y el Derecho procesal penal deben, ciertamente, reaccionar de forma “eficiente”, pero esto implica solamente un “problema de regulación” ante una “modernización de la sociedad” y una correspondiente “modernización de la criminalidad”²⁴². El hecho de que las leyes se refieran a veces a la “lucha” contra determinado grupo de delitos (en Alemania: tráfico de drogas, terrores-

²³⁸ JAKOBS, “Staatliche Strafe...”, p. 48.

²³⁹ Observación crítica de SCHÜNEMANN a las primeras discusiones de penalistas alemanas contra esta propuesta de Jakobs, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft...”, p. 211.

²⁴⁰ SCHULZ, p. 659.

²⁴¹ Ver, en especial, SCHÜNEMANN, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft...”, p. 211 y ss.; SCHULZ, p. 655, 659 y ss.; GRACIA MARTÍN, p. 120 y ss.

²⁴² SCHÜNEMANN, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft...”, p. 211 y s.

mo, delitos económicos, delitos sexuales y otros delitos graves)²⁴³ no obliga a interpretar que el legislador habría optado ya por un “Derecho penal del enemigo” ni menos aún que esto sea legítimo. En última instancia, ante una coyuntural aparición de una serie de casos, siempre podría argumentarse que los individuos se habrían “apartado duraderamente del Derecho”. ¿Acaso apenas aparezca un grupo de delitos de especial trascendencia en la actualidad (p. ej. delitos violentos, “corrupción de funcionarios”, etc.) debería optarse por tal Derecho penal del enemigo? Además, existe una contradicción notable: si la “persona” es definida por las reglas de imputación del Derecho penal, ¿quién va a definir, si no es el propio Derecho penal, al “enemigo”?²⁴⁴

Incluso si solamente se tratara de una “metáfora” para englobar una serie de complejos problemas actuales que requieren una difícil ponderación y el establecimiento de reglas efectivas, es evidente el peligro de “liberación de legitimidad” a la intervención penal en estos casos²⁴⁵. JAKOBS es consecuente con sus postulados previos, pero demuestra aquí cómo, bajo su desapego (o rechazo) de criterios legitimadores de un ordenamiento jurídico, su “empirismo” lo lleva a absolutizar cualquier ordenamiento normativo²⁴⁶.

9.- Pese a los esfuerzos de JAKOBS por construir una *teoría de la justificación* que armonice con sus conceptos de norma, sociedad y Derecho, se observa un conflicto ineludible: ¿cómo se puede evitar que los intereses de las “personas” primen siempre frente a los de los que no son personas (individuos y excluidos) cuando ambos tipos de sujetos entren en conflicto (para los conflictos entre “personas” sí existirían deberes de tolerancia)? Y es que estos últimos, al no ser personas, al formar prácticamente parte de la naturaleza tendrían, lógicamente, que ser sacrificados cuando entraran en conflicto con el “desarrollo de libertades” de las personas (p. ej. en el estado de necesidad, la legítima defensa agresiva, etc.). Por eso no se entiende, en sentido lógico, que JAKOBS tome como ejemplo a una “no persona” como el “feto” para criticar a la doctrina dominante que recurre a la “ponderación de bienes”.

²⁴³ Así argumenta, sin embargo, JAKOBS, en “Staatliche Strafe...”, p. 41 y s.

²⁴⁴ Cfr. SCHÜNEMANN, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft...”, p. 212.

²⁴⁵ SCHÜNEMANN, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft...”, p. 212.

²⁴⁶ SCHULZ, p. 663.

Según él, dado que el feto no sería “persona” no se le podría atribuir un “defecto de organización” o siquiera exigir un “deber de tolerancia” en el caso en que su vida colisionara con la vida o la salud de la madre; la atención del Derecho penal debería, luego, dirigirse a una “configuración de organización impuesta a la persona” (a la madre). Luego, -prosigue JAKOBS- en un aborto, en realidad, se estaría “excluyendo” al feto como “persona” de la misma manera como se excluiría si se admitiera un “deber de tolerancia” en quien ha sido empujado a la fuerza contra otro para lesionar a este último²⁴⁷. La afirmación de que la “configuración de organización” (el embarazo) se haya impuesto obligatoriamente a la madre no resuelve, sin embargo, el problema pues éste se traslada simplemente a la definición del “deber” del afectado (la madre); es decir, sólo las reglas (penales y extrapenales) decidirían cuándo tal deber existe, no existe o incluso puede ser atenuado. Y lo mismo tendría que regir para todos los demás casos de conflicto entre “personas” y “no personas”. La ponderación de intereses puede perder así contenido material pues la decisión se quedaría en lo formal.

Por lo demás, incluso podría discutirse si los principios en los que basa JAKOBS su teoría “pluralista” (principio de responsabilidad o de causación por parte de la víctima de la intervención, principio de definición de intereses a través de la víctima de la intervención y el principio de solidaridad) pueden explicar coherentemente, o mejor que otras teorías, algunas variantes de casos conocidos de “causas de justificación”²⁴⁸, tarea que excede los límites de esta contribución.

10.- Con la explicación del delito como “defraudación de expectativas por infracción del rol asignando a la persona” se perdería también la *delimitación del Derecho penal* con otras áreas del Derecho. En efecto, el funcionalismo radical no puede explicar por sí mismo cuándo tal defraudación de expectativas contiene un “injusto penal” o cuándo se trata de un mero “injusto administrativo”, “civil” o de una minucia; todo eso se puede explicar materialmente recién a través del tradicional

²⁴⁷ JAKOBS, “Personalität und Exklusion...”, p. 458 y s.

²⁴⁸ ROXIN observa, entre otras cosas, problemas explicativos en los casos de “estado de necesidad justificante” donde la situación haya sido causada en parte por la víctima de la intervención y, en parte, no sea en absoluto de su responsabilidad, “Strafrecht A. T.”, tomo I, p. 519, n. marg. 43.

“principio de lesividad” y de los criterios de “merecimiento” y “necesidad” de pena”. El mismo problema tiene el concepto funcionalista de culpabilidad en el sentido de “práctica en fidelidad a la norma” pues, al quitarse todo contenido material al principio tradicional de culpabilidad, se pierde la distinción “ética” entre pena, contravención, multa, etc.²⁴⁹.

Consecuentemente con el funcionalismo se tendría que hacer una distinción jerárquica de las “defraudaciones” y de las “competencias” no solamente para distinguir las diferentes áreas jurídicas, sino también para poder “medir” las consecuencias penales. Esto lo ha visto, obviamente JAKOBS y pretende solucionar el problema dentro de sus sistema, pero de una manera que no convence. ¿Cómo puede hablarse de diferencias cualitativas (que fundamentarían una mayor o menor pena e incluso una impunidad o remisión a otras áreas del Derecho) entre una o más conductas que expresen “comunicativamente” su desprecio a una “norma” u otra? Tendría que hacerse una “valoración” de normas, entre unas más importantes que otras, así como una valoración de las “arrogaciones de competencias” entre más y menos graves.

El mismo problema de fondo se presenta también en muchos otros casos en los cuales se quiere establecer diferencias cualitativas sin recurrir a la teoría de bienes jurídicos.

En los *delitos de infracción del deber*, Jakobs no quiere relacionar la “infracción del deber” con la afeción de bienes jurídicos, pero aparte de que esto es plenamente discutible, la mera infracción del deber no puede si no ser un elemento más de la autoría pues sin la corroboración de un atentado contra un bien jurídico, no se podría explicar por qué tendría que sancionarse penalmente, recurriendo al mismo tipo penal, la participación de los extranei (ellos no pueden infringir deber alguno)²⁵⁰.

Y si el delito se constituyera solamente por la desobediencia a la norma (la “expresión de una infracción normativa”), no se explica por qué se necesitaría un *resultado típico*, por qué el injusto penal no debería agotarse ya con el mero “desvalor de la acción”. La “lesión de un objeto del bien jurídico” reaparece para exigir el “resultado” en el injusto

²⁴⁹ Cfr. BOCK, p. 646.

²⁵⁰ ROXIN, “Rechtsgüterschutz als Aufgabe...”, p. 22; “Strafrecht. A. T.”, tomo I, n. marg. 47, p. 29.

consumado²⁵¹. No elimina la contradicción el recurso de JAKOBS de concebir el “resultado” como una “objetivación” (significancia suficiente) del proceso comunicativo, objetivación necesaria para distinguir la “consumación” de la “tentativa”, pues –si quisiera ser consecuente con el funcionalismo sistémico- el “desvalor de la acción” debería interpretarse como una “objetivación” e injusto completo desde la perspectiva de la “infracción de la norma”; exigir todavía un “resultado”, una “lesión de bienes” equivale a admitir la “afección de bienes jurídicos para fundamentar el injusto²⁵². La *tentativa*, e incluso los *actos preparatorios*, podrían ser definidos como “expresión de infracción normativa”; el criterio adicional de “grave puesta en peligro” a través de la “cercanía al tipo” para fundamentar la punibilidad de la tentativa y de los actos preparatorios, aunque en el fondo correcto, es, en realidad, extraño a la propia concepción de JAKOBS pues tal “cercanía” va más allá de la mera expresividad de la infracción de la norma y tendría que vincularse a “bienes”; algo que precisamente él no quiere aceptar²⁵³.

Por último, la desvinculación del análisis dogmático-penal de la teoría de bienes jurídicos lleva también a soluciones poco convincentes desde la perspectiva de la defensa de intereses de la colectividad (y en última instancia también del mismo sistema social). Tal es el caso, p. ej. de los *conocimientos especiales*, a los cuales Jakobs no otorga importancia alguna cuando los tenga un sujeto (persona) que, sin salirse de su rol haya contribuido a la realización de un delito. Esto puede ser correcto desde la perspectiva funcionalista-sistémica, pero no es comprensible desde la perspectiva de protección de bienes jurídicos pues tales conductas son perfectamente dañosas socialmente y no se entiende por qué deberían quedar impunes²⁵⁴. Es más, incluso desde la perspectiva funcionalista-sistémica podría discutirse si tales conductas de ayuda a la comisión de un delito (el caso del mozo que, con pleno conocimiento, alcanza el vaso envenenado a la víctima) no “comunican” realmente una

²⁵¹ ROXIN, “Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit...”, p. 15 y ss.; “Strafrecht A. T.”; tomo II, p. 346, n. marg. 44.

²⁵² ROXIN, “Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit...”, p. 16 y s.

²⁵³ Cfr. ROXIN, “Strafrecht. A. T.”, tomo II, p. 346, n. marg. 45; “Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit...”, p. 18.

²⁵⁴ Cfr. ROXIN, “Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit...”, p. 19 y ss.; “Strafrecht. A. T.”, tomo I, p. 935 y ss.

falta de fidelidad a la norma; en todo caso sí comunican plenamente una falta de respeto a la pretensión de vigencia de un bien jurídico (en el ejemplo, al bien jurídico "vida").

4.- RESUMEN

Después de la exposición y confrontación de las dos tendencias "normativistas" y "funcionalistas" deben haber quedado en claro sus posiciones divergentes. El hecho de que ambas sean denominadas "funcionalistas" no debe confundir ni hacer perder de vista las profundas diferencias de contenido entre ambas concepciones.

La diferencia metodológica más notable consiste en que mientras ROXIN mantiene una base empírica impregnada de principios político-criminales, JAKOBS renuncia por completo a esta base empírica²⁵⁵. Y es que la postura de ROXIN tiene de "funcional" el hecho de que reconoce "funciones" sociales (político-criminales) en la construcción de todas las categorías del Derecho penal, pero, partiendo antes de una base ontológica, la cual da una cierta estabilidad, una cierta garantía contra posibles manipulaciones en la interpretación. Por su parte, el "funcionalismo" de JAKOBS quiere explicar el Derecho penal a partir del funcionamiento (real, según él) de la sociedad y de las personas (distintos de los individuos) que actúan en ella para luego, sobre esta base, elaborar los conceptos jurídico-penales.

En última instancia, el normativismo de JAKOBS constituye un positivismo con "fundamentación sociológica", el cual, renuncia a responder a cuestiones materiales de legitimación y remite para ello, sin más, a la política criminal u otras ciencias afines. Por ello, también en última instancia, la decisión del penalista oscilará entre optar por un "positivismo de fundamentación mejorada" o un "garantismo de límites conceptuales indefinidos". Dentro de este último grupo, el "normativismo moderado" de ROXIN resulta, en mi opinión, la mejor opción y es preferible al "normativismo radical" de JAKOBS no solamente debido a

²⁵⁵ Por eso SCHÜNEMANN afirma que, para mayor exactitud, la escuela de ROXIN debería denominarse "normativismo políticocriminal-teleológico", mientras que la de JAKOBS, "normativismo libre de empirismo"; ver "La relación entre ontologismo...", p. 645.

las implicancias políticas, sino también a la mayor fuerza explicativa del primero a la hora de solucionar problemas particulares de dogmática penal. El fascinante análisis de JAKOBS no puede servir, en la práctica, de base constitutiva de un Derecho penal enclavado en un Estado social y democrático de Derecho. Ciertamente también puede explicar el porqué de algunas acciones humanas y cómo la reacción penal se manifiesta dentro de la sociedad (como comunicación). Pero eso no es todo y, ni siquiera es lo principal. La explicación funcional, en el sentido de "comunicación", de reacción, dirigida a reafirmar expectativas normativas –independientemente de sus aciertos explicativos en el ámbito de lo "latente"- no puede ni debe encontrar aplicación práctica.

5.- BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas", Lima, 1997.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: "Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre las ciencias sociales y el Derecho penal", Actualidad Penal, 2001, España, p. 229 y ss.
- BOCK, Michael: "Ideen und Chimären im Strafrecht", ZStW 103 (1991), p. 636 y ss.
- GRACIA MARTÍN, Luis: "Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia", Valencia, 2003.
- GÜNTHER, Klaus: "Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe", L. H. a Klaus Lüderssen, Baden-Baden, 2002, p. 205 y ss.
- HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco: "Introducción a la Criminología y al Derecho penal", Valencia, 1989.
- JAKOBS, Günther: "Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck", Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G390, Paderborn, 2004; "Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal", Madrid, 2003; "Der Zweck der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Straftheorie Hegels", en: L. H. a Nikolaos K. Androulakis, Atenas, 2003, p. 251 y ss.; "Personalität und Exklusion im Strafrecht", en: L. H. a Dionysios Spinellis, Atenas, 2001, p. 447 y ss.; "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)", en: Eser/Hassemer/Burkhardt, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft

vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick", Munich, 2000; "Bases para una teoría funcional del Derecho penal", Lima, 2000; "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken", ZStW 107 (1995), p. 843 y ss.; "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Berlín, 1993.

- JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel: "Derecho penal del enemigo", Madrid, 2003.
- KARGL, Walter, "Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte?", Goldammer's Archiv 1999, p. 53 y ss.; "Handlung und Ordnung. Grundlagen einer kognitiven Handlungs- und Straftheorie", Berlín, 1991; "Kommunikation kommuniziert?", Rechtstheorie (Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie) 21 (1990), p. 351 y ss.
- LAMPE, Erns-Joachim: "Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts", L. H. a Hans Joachim Hirsch, Berlín, 1999, p. 83 y ss.; "Zur funktionalen Begründung des Verbrechenstsystems", L. H. a Claus Roxin, Berlín, 2001, p. 45 y ss.
- LÜDERSSEN, Klaus: "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken", ZStW 107 (1995), p. 877 y ss.
- MIR PUIG, Santiago: "Valoraciones, normas y antijuricidad penal", en: Libro-Homenaje a José Cerezo Mir, ed. Technos, 2003, p. 73 y ss.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés: "Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal", en: Universidad Nacional de Educación a distancia (ed.), "Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología", Madrid, 2001, p. 579 y ss.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: "La influencia de las Ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales", en: Arroyo Z., Luis/ Neumann, Ulfrid/ Nieto M., Adán, "Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo", Cuenca 2003, p. 99 y ss.
- ROXIN, Claus: "Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?" (¿Protección de bienes jurídicos como tarea del Derecho penal?), manuscrito original de la primera conferencia dictada en el VI Curso internacional de Derecho penal (Lima, 04-06 de noviembre 2004); "Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit im Spannungsfeld der Strafrechtsdogmatik" (Protección de bienes jurídicos y libertad

- individual en la encrucijada de la dogmática jurídico-penal”), manuscrito original de la segunda conferencia dictada en el VI Curso internacional de Derecho penal (Lima, 04-06 de noviembre de 2004); “Problemas actuales de dogmática penal”, Lima 2004; “Strafrecht. Allgemeiner Teil” (tomo I: Munich, 1997; tomo II: Munich, 2003); “Dogmática penal y política criminal”, p. 169- 201, Lima, 1998; “Política criminal y estructura del delito”, Barcelona, 1992; “Problemas básicos del Derecho penal”, Madrid, 1976; “Política Criminal y sistema del Derecho penal”, Barcelona, 1972.
- SCHULZ, Lorenz: “Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum ‘Feindstrafrecht’”, ZStW 112 (2000), p. 653 y ss.
 - SCHÜNEMANN, Bernd: “Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende”, GA 2001, p. 205 y ss.; “La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal”, en: Universidad Nacional de Educación a distancias” (comp.), “Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología”, Madrid 2001, p. 643 y ss.; “Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio”, Madrid, 2002.
 - SILVA SÁNCHEZ, Jesús: “Die Expansion des Strafrechts”, Francfort del Meno, 2003 (en español: “La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, Madrid, 1999); “Aproximación al Derecho penal contemporáneo”, Barcelona, 1992.
 - STRATENWERTH, Günter: “Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?”, Berlín, 1995.
 - ZIESCHANG, Frank (informante): Informe de la Jornada de penalistas germanoparlantes (Rostock, 25-28 de mayo de 1995): “Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1995 in Rostock”, ZStW 107 (1995), p. 907 y ss.