

# FUNCIONES DOGMÁTICAS DEL DERECHO PENAL Y LEGITIMACIÓN MATERIAL DEL SISTEMA PUNITIVO

*Prof. Dr. Miguel Polaino Navarrete\**

## I. “IUS POENALE” Y “IUS PUNIENDI”

Un criterio tradicional de definición distingue entre Derecho penal en sentido objetivo (*Ius poenale*) y Derecho penal en sentido subjetivo (*Ius puniendi*)<sup>1</sup>:

– El *Ius poenale* es el conjunto de normas jurídicas públicas (Derecho positivo) que definen determinadas acciones como los delitos y las penas correspondientes. Paradigmática es la definición ofrecida por el penalista alemán FRANZ VON LISZT: “conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian al crimen como

---

\* Catedrático de Derecho penal, Universidad de Sevilla.

1 Cfr. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado de Derecho penal*, t. 1, “Concepto del Derecho penal y de la Criminología, Historia y Legislación penal comparada”, 3.<sup>a</sup> ed. actualizada, Buenos Aires, Losada, 1964, pp. 71 y ss.; Cfr. AUGUST FINGER. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, t. 1, Berlin, Karl Heymanns Verlag, 1904, pp. 1 y ss., 96 y ss., 101 y ss., 183 y ss., quien –en referencia específica a la esencia del Derecho penal– señala que éste constituye aquella rama del Derecho a través de la que el poder del Estado es regulado para penar determinadas acciones personales. Cfr. ERICH POLLACK y GERHARD JURISCH. *Grundriß des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Verlag für Rechtswissenschaft vormals Franz Vahlen GmbH., Berlin, 1949, pp. 1 y ss.; FRITZ HARTUNG. *Strafrecht für Schiedsmänner. Ein Lehr- und Nachschlagebuch für die Praxis*, 3.<sup>a</sup> ed., L. H. SERWE (ed.), Köln, Berlin, Bonn y München, Carl Heymanns Verlag KG, 1971, p. 5; ARTHUR WEGNER. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1951, pp. 6 y s. Cfr., sobre el binomio conceptual Derecho penal objetivo (*Ius poenale*) y Derecho penal subjetivo (*Ius puniendi*), MARINO BARBERO SANTOS, *Política y Derecho penal en España*, Madrid, Túcar Ediciones, 1977, pp. 9 y ss.

hecho y la pena como legítima consecuencia”<sup>2</sup>. Esta definición peca, en la actualidad, por omisión: a ella hay que añadir otras consecuencias jurídicas distintas de la pena, esencialmente las medidas de seguridad y corrección.

–El *Ius puniendi* es la facultad o potestad del Estado de imponer sanciones penales –penas o medidas de seguridad– por la comisión de delitos, esto es, la potestad de hacer valer su papel de órgano legitimado para solucionar conflictos penales.

## II. LEGITIMACIÓN DEL “IUS PUNIENDI” DEL ESTADO

En la actualidad es doctrina mayoritaria la legitimación del *Ius puniendi* del Estado para cumplir concretos fines de protección y de prevención. Sin embargo, siempre han existido algunos autores que –desde diferentes posiciones extremas– han negado la potestad del Estado para perseguir los delitos e imponer penas a sus autores.

### A. Posturas legitimadoras de la potestad punitiva estatal

Es casi lugar común en la dogmática actual afirmar que la pena se legitima por sus fines (preventivos y tutelares) y se fundamenta o justifica por su necesidad: se sanciona penalmente para tutelar determinados bienes, prevenir futuros delitos, conseguir un orden de seguridad jurídica, etc. Se acepta la pena, pues, como un instrumento imprescindible de estabilización social: la pena –decía HANS SCHULTZ– es “una amarga necesidad en una sociedad imperfecta, como es la sociedad de los hombres”<sup>3</sup>.

### B. Posturas deslegitimadoras o limitadoras de la potestad punitiva estatal: el movimiento abolicionista

Las corrientes que niegan la potestad punitiva del Estado reciben el nombre de teorías deslegitimadoras, y se incardinan en el –llamado– movimiento abolicionista<sup>4</sup>.

2 Cfr. FRANZ VON LISZT. *Tratado de Derecho penal*, t. 1, trad. de la 18.<sup>a</sup> ed. alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal en España por QUINTILIANO SALDAÑA, Madrid, Hijos de Reus Editores, 1914, p. 1.

3 *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, 2. Verbesserte Auflage, vorgelegt von JÜRGEN BAUMANN, ANNE-EVA BRAUNECK, ERNST-WALTER HANACK, ARTHUR KAUFMANN, ULRICH KLUG, ERNST-JOACHIM LAMPE, THEODOR LENCKNER, WERNER MAIHOFFER, PETER NOLL, CLAUS ROXIN, RUDOLF SCHMITT, HANS SCHULTZ, GÜNTER STRATENWERTH, WALTER STREE, unter MITARBEIT VON STEPHAN QUENSEL, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1969, p. 29. Aunque en este Proyecto Alternativo no conste la autoría de la frase en cuestión, la misma se contiene también, casi *ad pedem litterae*, en las obras de HANS SCHULTZ. “Kriminalpolitische Bemerkungen zum Entwurf eines Strafgesetzbuches, E 1962”, *JZ*, 21. Jahrgang, Nummer 4, 18. Februar 1966, pp. 113 y ss., esp. 114; *id.* *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Erster Band, *Die allgemeinen Voraussetzungen der kriminalrechtlichen Sanktionen*, 2., durchgesehene und ergänzte Auflage, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1974, p. 43.

4 Cfr., al respecto, ELENA LARRAURI. “Abolicionismo del Derecho penal: las propuestas del movimiento

Junto a ellas, otras doctrinas –las teorías limitadoras– no llegan hasta el extremo de negar el *Ius puniendi* del Estado, pero en todo caso ponen en entredicho su legitimidad, y lo interpretan según criterios limitadores. A continuación veremos someramente algunos de los postulados de las principales teorías abolicionistas.

El concepto *Ius puniendi* es tradicionalmente rechazado desde posiciones anarquistas puras o extremas, que niegan incluso la existencia del propio concepto de Estado, propugnando un sistema libertario, carente de toda autoridad o gobierno, más allá de la propio personalidad y la solidaridad natural y espontánea<sup>5</sup>.

En épocas recientes o contemporáneas, la idea de la inexistencia (o ilegitimidad) de la facultad punitiva del Estado es defendida por varias teorías deslegitimadoras del Derecho penal, alentadas desde diferentes posiciones anarquistas o marxistas (p. ej., desde determinado sector de la Criminología crítica, *labeling approach*, teoría del conflicto), etc.<sup>6</sup>.

Dentro de las teorías que cuestionan el *Ius puniendi* estatal cabe destacar la de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, quien –en los últimos años– se ha presentado, desde perspectivas aledañas a la Criminología crítica, como un conspicuo defensor de la “teoría limitadora de la potestad punitiva del Estado”, entendiendo que el Derecho penal desempeña, a través de los jueces penales, una función de contención y –en ocasiones– también de reducción del poder punitivo del Estado<sup>7</sup>.

---

abolicionista”, en *Poder y Control*, n.º 3, 1987, pp. 95 y ss.; MASSIMO PAVARINI. “El sistema del Derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo”, en *Poder y Control*, 1987, pp. 141 y ss.; EDUARDO DEMETRIO CRESPO, “El pensamiento abolicionista”, en *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1995, págs. 35 y sigs.; JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR. *Fundamentos de Derecho penal. Parte general. Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1993, pp. 37 y ss.

- 5 Cfr. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado de Derecho penal*, t. II, “Filosofía y Ley Penal”, 4.ª ed. actualizada, Buenos Aires, Losada, 1964, pp. 16 y ss., que realiza un preciso análisis sobre las posiciones históricas antitéticas al *Ius puniendi* del Estado.
- 6 Cfr., ampliamente, ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de Criminología (Introducción, modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1999, esp. pp. 780 y ss., 838 y ss.; íd. *Derecho penal. Introducción*, 2.ª ed., Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2000, pp. 101 y ss., 54 y s.; ELENA LARRAURI. *La herencia de la Criminología crítica*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1991; MANUEL GROSSO GALVÁN. “Nueva Criminología y Dogmática jurídico-penal”, *CPC*, Madrid, 1980, pp. 47 y ss. Cfr., también, críticamente, JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR. Ob. cit., pp. 35 y ss., 61 y ss.
- 7 Cfr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989, pássim; EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 4 y s.: “el poder de que disponen los jueces es de contención y a veces de reducción. La función más obvia de los jueces penales y del derecho penal (como planeamiento de las decisiones de éstos), es la contención del poder punitivo. Sin la contención jurídica (judicial), el poder punitivo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas y políticas y, por ende, desaparecería el Estado de Derecho y la República misma”.

Esta teoría, en sus propios términos de formulación, no es convincente. La pretendida contención y (más dudosamente) la reducción del poder punitivo del Estado no puede radicar más que en la estricta sujeción de los jueces al cumplimiento del principio de legalidad. Los jueces han de limitarse a desempeñar su función, aplicando escrupulosamente las leyes, pero no conteniéndolas ni reduciéndolas en el alcance de su poder normativo al socaire de su aplicación. Además, el respeto de los jueces a las leyes no agota ni la misión de los jueces ni la misión de las leyes.

### III. PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO PENAL: SU LEGITIMACIÓN ANTE LOS NUEVOS FENÓMENOS EXPANSIVOS

Las sociedades actuales son Sociedad de riesgo. El Derecho penal no puede permanecer inmóvil, inmutable, ante los cambios sociales, los avances tecnológicos (manipulación genética, distribución internet, piratería informática). Al ser el Derecho penal parte de la Sociedad, los cambios en ésta han de influir necesariamente en aquél. Sin embargo, el Derecho deseado no coincide a menudo con el Derecho realmente existente. Veamos cómo sería deseable que fuera el Derecho penal y cómo es en realidad.

#### A. Perspectivas del Derecho penal deseado: Derecho penal mínimo

El Derecho penal del Antiguo Régimen (hasta el siglo XVIII) se caracterizaba por su crueldad y su represión<sup>8</sup>. Desde la época de la Ilustración (tras la Revolución Francesa) ha evolucionado a una progresiva humanización y a su racionalización. Aun así, existen posturas deslegitimadoras o abolicionistas, que alcanzaron su apogeo en las décadas de los 70 y 80 del siglo pasado, y que propugnan una desaparición del Derecho penal. Se dice, por ejemplo, que la “Historia del Derecho penal es la Historia de su desaparición”, y que la desaparición del llamado Derecho penal clásico es sólo cuestión de tiempo<sup>9</sup>. Ya en el primer tercio del siglo XX, había abogado ENRICO FERRI por esa desaparición, en su conocida “oración fúnebre” por el Derecho penal, y GUSTAV RADBRUCH deseaba encontrar “no un Derecho penal mejor, sino algo mejor que el Derecho penal”.

Entre esas corrientes abolicionistas destaca la del Derecho penal mínimo o minimalista<sup>10</sup>, desarrollada en el seno de la llamada Criminología crítica. Veamos críticamente algunos planteamientos de la presente corriente doctrinal.

8 Ejemplificativamente, FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE. *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 1992.

9 Cfr. referencias y citas en ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Derecho penal. Introducción*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2000, p. 85; *id.* *Estudios penales*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1984, pp. 98 y ss., 103 y ss.

10 Entre los más destacados representantes del llamado “Derecho penal mínimo”, cabe citar a LUIGI

– De entrada, el movimiento minimalista cuestiona la legitimidad del Derecho penal como medio idóneo de solución de conflictos sociales. La tesis básica sería: el Derecho penal es violencia, y la violencia (el crimen) difícilmente se puede borrar con violencia (Derecho penal): *ergo*, la legitimidad del Derecho penal es, cuanto menos, cuestionable. Uno de los máximos representantes de esta corriente, LUIGI FERRAJOLI, sostiene que “el Derecho penal, aun rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política”<sup>11</sup>.

– Sin embargo, FERRAJOLI (y, en general, la corriente del Derecho penal mínimo) no tiene por menos que reconocer la necesidad de legitimación del Derecho penal, como ordenamiento preventivo de costes individuales y sociales<sup>12</sup>, porque si éste no existiese se produciría un grave retroceso que significaría la vuelta a la venganza privada<sup>13</sup>, esto es, a la ley del más fuerte o a la guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*), siendo así –argumenta FERRAJOLI– que el Derecho penal nace precisamente no como desarrollo, sino como negación de la venganza: “la Historia del Derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza”<sup>14</sup>, y por ello “la pena no sirve únicamente para prevenir los injustos deli-

---

FERRAJOLI. “El Derecho penal mínimo”, *Poder y Control*, n.º 0, *Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas*, Barcelona, 1986, pp. 25 y ss.; id. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo jurídico*, PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, ANTONIO RUIZ MIGUEL, JUAN CARLOS BAYÓN MOHINO, JUAN TERRADILLOS BASOCO y ROCÍO CANTARERO BANDRÉS (trads.), Madrid, Trotta, 1995; ALESSANDRO BARATTA. “Principios del Derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, *Doctrina Penal*, n.º 40, Buenos Aires, 1987, pp. 623 y ss. (“Prinzipien des minimalen Strafrechts. Eine Theorie der Menschenrechte als Schutzobjekte und Grenze des Strafrechts”, en KAISER, KURY y ALBRECHT (eds.), *Kriminologische Forschung in den 80er Jahren. Projektberichte aus der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Halbband, Freiburg, 1988, pp. 513 y ss.). Cfr. precisas anotaciones al respecto en JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed. revisada y ampliada, Madrid, Civitas, 2001, pássim, esp. 17 y ss.

- 11 Cfr. FERRAJOLI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo jurídico*, cit., p. 21. Cfr. RAÚL PEÑA CABRERA. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte general*, 3.ª ed., completamente corregida y aumentada, con la colaboración de CARLOS ATOCSA GARCÍA, JOSÉ ANTONIO CARO JOHN, REINER CHOCANO RODRÍGUEZ y SOFÍA LAQUI PIZARRO, Lima, Editora Jurídica Grijley, 1999, pp. 17 y ss.
- 12 FERRAJOLI. Ob. cit., quien destaca que “la ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por los efectos lesivos para terceros; sólo esos costes pueden justificar el amargo trance de penas y prohibiciones. No se puede ni se debe pedir más al Derecho penal”.
- 13 Cfr. un completo y sugerente recorrido por los más significativos hitos de la venganza privada en MYRIAM HERRERA MORENO. *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, MIGUEL POLAINO NAVARRETE (Prólogo), Madrid, Edersa, 1996, pp. 23 y ss., 36 y ss., donde analiza con profundidad fenómenos como la victimización tribal, la venganza de sangre, el airado, el riepto, la *inimicitia*, etc.; en la doctrina clásica, ampliamente, J. MAKAREWICZ. *Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf entwicklungsgeschichtlicher Grundlage*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1906, pp. 214 y ss.
- 14 FERRAJOLI. Ob. cit., p. 333; id. “El Derecho penal mínimo”, cit., p. 38: “el primer paso de esta Historia se da cuando la venganza fue regulada como derecho-deber privado, superando a la parte ofendida y a su parental según los principios de la venganza de la sangre y la ley del talión. El segundo paso, mucho más decisivo, se marcó cuando se produjo una disociación entre el juez y la parte ofendida, de

tos, sino también los injustos castigos”<sup>15</sup>. El Derecho penal es, al fin y al cabo, el medio estatal más civilizado para la prevención de delitos: hasta la fecha no se ha ideado uno mejor<sup>16</sup>.

– Para que el Derecho penal pueda arribar a resultados positivos, ha de reducirse su brutalidad y violencia, por lo que su legitimación pasa por aceptar criterios estrictamente garantistas y buscar alternativas a la pena, especialmente de prisión, pues en numerosos tipos de delitos su imposición ha demostrado un rotundo fracaso<sup>17</sup>.

## B. Perspectivas del Derecho penal actual

### 1. Posturas neocriminalizadoras

La corriente del Derecho penal mínimo tiene el acierto de proponer una intervención limitada y racional del sistema punitivo, pero sus propuestas no pasan de ser, en muchos aspectos, una nómina de deseos y buenas intenciones sin mayor concreción<sup>18</sup>: es una aspiración idealista, una utopía más que una realidad. Los rumbos de la Política criminal son otros<sup>19</sup>: conducen, paradójicamente, a posturas neocriminalizadoras, y –por ende– a la expansión del Derecho penal<sup>20</sup>.

El Derecho penal es un ordenamiento regulador de los focos de peligro. Es notorio que, en las modernas sociedades postindustriales, nuevos fenómenos como la manipulación genética, la piratería informática, la difusión de pornografía a través de Internet o la criminalidad organizada lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de

---

modo que la justicia privada –los duelos, los linchamientos, las ejecuciones sumarias, los ajustes de cuentas– fue no sólo dejada sin tutela sino también prohibida. El Derecho penal nace precisamente en este momento, o sea, cuando la relación bilateral parte ofendida/ofensor es substituida por una relación trilateral, que ve en tercera posición o como imparcial a una autoridad judicial. Es por esto que cada vez que un juez aparece animado por sentimientos de venganza, o parciales, o de defensa social, o bien el Estado deja un espacio a la justicia sumaria de los particulares, quiere decir que el Derecho penal regresa a un estado salvaje, anterior al nacimiento de la civilización”.

15 FERRAJOLI. “El Derecho penal mínimo”, cit., p. 37.

16 Cfr. la reseña al homónimo libro de FERRAJOLI realizada por ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG. “Derecho y Razón”, en *El Mundo*, Madrid, 13 de mayo de 1995 (también en su libro recopilatorio *Ensayos penales*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 18 y ss.).

17 FERRAJOLI. Ob. cit., pp. 332 y ss., 248 y ss., y pássim.

18 JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.<sup>a</sup> ed. revisada y ampliada, Madrid, Civitas, 2001, p. 18, nota 4.

19 SILVA SÁNCHEZ. Ob. cit., pássim, quien presta especial atención a la tendencia a la desformalización o desprecio por las formas (pp. 74 y ss.).

20 SILVA SÁNCHEZ. Ob. cit., pássim. Cfr., también, sobre la posición del Derecho penal ante las nuevas formas de criminalidad, HANS-JOACHIM HIRSCH. “Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?”, en *Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, HANS-HEINER KÜHNE y KOICHI MIYAZAWA (eds.), Köln, Berlin, Bonn y München, Carl Heymanns Verlag KG, pp. 10 y ss.; en la doctrina española, CARLOS PÉREZ DEL VALLE. “Sociedad de riesgos y reforma penal”, *PJ*, n.º 43/44, II, 1996, pp. 61 y ss.

la comunidad o del individuo. Por ello, algún autor propone, en el marco del movimiento neocriminalizador, una actualización del Derecho penal acorde con los cambios sociales, esto es, “responder jurídicamente a los problemas de modernización con una modernización del Derecho” mediante un “Derecho de intervención”<sup>21</sup>, que suele cifrarse en la incriminación de nuevos delitos y en la agravación de las penas.

Sin embargo, no todo cambio social ha de provocar inmediatamente un cambio de la legislación penal: el Derecho penal no puede actuar a impulso emocional de reivindicaciones sociales alentadas al calor de lacerantes casos de la realidad social, pues de lo contrario, la Política criminal corre el peligro de ser insatisfactoria, insuficiente, ineficaz, regresiva o directamente contraproducente.

*Ejemplo:* ¿qué sucedería si el legislador no hiciera caso omiso de las reivindicación de irracionales medidas (reinstauración de la pena de muerte, cadena perpetua, etc.) que pública y (más o menos) generalizadamente se solicitan tras cada atentado terrorista?

Por ello, el legislador penal ha de ser extremadamente cauto, ponderado y previsor en su tarea incriminadora de nuevas figuras delictivas. Un excesivo intervencionismo punitivo puede llegar a acarrear más dificultades de las que pretende resolver, dando entrada a errores legislativos.

*Ejemplo:* el Código Penal español de 1995 introdujo novedosamente la figura del acoso sexual. Se trataba de un delito coyuntural o circunstancial, reivindicado por la Sociedad ante varios casos que saltaron entonces a la luz pública. El legislador se apresuró a su incriminación, para satisfacer a la Sociedad, pero no cayó en la cuenta de que la conducta de acoso sexual ya era subsumible en el tipo básico de amanezas condicionales, ¡sancionado además con mayor pena!, de forma que la introducción del delito de acoso sexual resultó ser la historia de un fracaso<sup>22</sup>.

*Otro ejemplo* es el delito de presentación de documentos falsos en un juicio, regulados en dos preceptos del Código Penal español de 1995: en el artículo 393 (dentro de las falsedades documentales) y en el artículo 461.2 (dentro de los delitos contra la Administración de Justicia). Lo más sorprendente de esta doble incriminación es que, en ambos casos, ¡se prevé una pena diferente!<sup>23</sup>.

21 WINFRIED HASSEMER. *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1994, p. 23.

22 Cfr. MIGUEL POLAINO-ORTS. “Los delitos sexuales a la luz del Código penal de 1995 (Especial referencia a la Ley Orgánica 11 / 1999, de 30 de abril)”, en *CPC*, n.º 67, Madrid, Edersa, 1999, pp. 173 y ss.

23 Como señaló ESTEBAN MESTRE DELGADO. “La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en Derecho penal”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, año 1, n.º 1, Madrid, enero, 2004, pp. 3 y ss.

## 2. Derecho penal “de enemigos”

Es evidente que las características del actual Derecho penal no se agotan en la criminalización de nuevos fenómenos delictivos. Hay otros muchos rasgos que lo definen, aunque aquí no podemos realizar un análisis pormenorizado de ellos<sup>24</sup>. Uno de los más finos analistas del moderno Derecho penal es, precisamente, JAKOBS<sup>25</sup>. Este autor a tratado de sintetizar los rasgos principales de la moderna sociedad occidental y la actitud del Derecho penal ante la misma: a su juicio, el actual sistema penal presenta varias características:

– Progresiva anonimidad de los contactos sociales<sup>26</sup>, de manera que se dificulta determinar el grado de responsabilidad de cada uno: ello se vislumbra claramente, por ejemplo<sup>27</sup>, en el aumento de los delitos de peligro abstracto (p. ej., delitos contra el medio ambiente: contaminaciones, catástrofes naturales, etc.), donde –por intervenir un gran número de personas, también personas no fácilmente reconocibles: p. ej., personas jurídicas– es difícil saber quién es responsable de qué.

– Uniformidad de comportamientos en masa: sostiene JAKOBS que, si el hecho de conducir en estado de alcoholemia o de arrojar un cigarrillo encendido a un contenedor de basuras fueran conductas aisladas no se pensaría en su punición, pero como suceden a diario se aumenta el peligro colectivo, lo que conlleva una familiarización con el riesgo<sup>28</sup>, esto es, la ubicuidad del riesgo y la adición de daños.

– Uniformidad del sistema punitivo, visible en el proceso de internacionalización del Derecho penal: el mejor ejemplo lo encontramos en la Unión Europea, donde hace

24 Cfr., al respecto, con detenimiento, en la doctrina española, SILVA SÁNCHEZ. Ob. cit., *pássim*; ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Derecho penal. Introducción*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2000, pp. 103 y ss. Cfr., en la literatura alemana, los trabajos compilados en KLAUS LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, 5 tt. (especialmente t. I, “Legitimationen”), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998; asimismo, la recensión crítica a los cinco tomos de esta última obra, KLAUS LAUBENTHAL y HELMUT BAIER. “Neue Kriminapolitik für ein neues Jahrtausend? -Besprechung von Klaus Lüderssen (ed.), ‘Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse’”, *GA*, 148. Jahrgang, 1. Januar 2001, R.v. Decker, Hüthig, pp. 1 y ss.

25 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, TERESA MANSO PORTO (trad.), *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 20, Galicia, Escuela Judicial, CGPJ, Xunta de Galicia, Escuela de verano del Poder Judicial, 1999, pp. 122 y ss.

26 JAKOBS. “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, cit., p. 123, quien escribe: “la Sociedad posibilita cada vez más los contactos relativamente anónimos, es decir, aquellos en los que el alcance del deber de los participantes verdaderamente está determinado por su rol, pero en cambio, no se averigua o ni siquiera sería averiguable también cognitivamente qué aspecto presenta generalmente la administración del ámbito de organización de cada uno”.

27 JAKOBS. Ob. cit., pp. 125 y ss., 127 y ss., quien analiza la influencia de tal anonimidad de los contactos sociales en otras instituciones dogmáticas, como el dolo en los delitos de resultado, o la determinación objetiva de lo no permitido, en el supuesto de los conocimientos especiales.

28 JAKOBS. Ob. cit., pp. 130 y s.

años que se inició un mega proyecto de creación de un *Corpus iuris* europeo, que ha ya ha dado como frutos la aprobación de la Constitución Europea (el 18 de junio de 2004), del Estatuto de la Corte Penal Internacional, etc.

Con todo, el fenómeno más característico de la moderna Sociedad es la conciencia del riesgo<sup>29</sup> acorde con un Derecho penal de la seguridad o con lo que JAKOBS denomina Derecho penal del enemigo<sup>30</sup>, una especie de Derecho “de policía” complementario al Derecho penal ciudadanos, que somete bajo sospecha al sujeto especialmente peligroso que muestre un grado de elevada asocialidad: “no sólo la norma –dice JAKOBS– precisa de un cimiento normativo, sino también la persona. El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o, incluso, si es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la Sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo”<sup>31</sup>.

La función manifiesta del Derecho penal del enemigo es, según JAKOBS<sup>32</sup>, el aseguramiento, esto es, “la eliminación de un peligro”, mientras que la del Derecho penal del ciudadano es “la contradicción a la contradicción de la norma”. El Derecho penal

29 JAKOBS. Ob. cit., pp. 135 y ss.

30 Concepto acuñado por JAKOBS, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *ZStW*, t. 97, 1985, pp. 751 y ss. (“Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS (trad.), en GÜNTHER JAKOBS. *Estudios de Derecho Penal*, ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ y MANUEL CANCIO MELIÁ (trads. y estudio preliminar), Madrid, Universidad Autónoma de Madrid y Civitas, 1997, pp. 293 y ss., esp. 295 y ss.). Cfr., también, GÜNTHER JAKOBS. “Zur Gegenwärtigen Strafrechtstheorie”, en *Strafe muss sein! Muss Strafe sein? Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch*, KLAUS-M. KODALLE (ed.), Würzburg, Königshausen & Neumann, 1998, pp. 37 y ss. (“Sobre la teoría de la pena”, MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), *Revista del Poder Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 3.ª época, n.º 47, 1997, pp. 145 y s., esp. 159 y ss.); *id.* “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, cit., pp. 137 y ss.; más recientemente, *id.* “Feinde als Verbrecher, Krieg als Strafe? Zur Reaktion der Staaten auf Terrorakte”, Bonn, 2001, 16 pp., original manuscrito e inédito, en el que analiza la posición del Estado ante los actos terroristas, a propósito del ataque al Pentágono y las Torres Gemelas de Nueva York (11 de septiembre de 2001), y donde sostiene que los terroristas deben ser tratados no como ciudadanos que infringen la norma sino como enemigos (p. 16). En todo caso, se trata de un concepto importado de otras ramas de la Filosofía del Estado y del Derecho, ya anteriormente empleado, si bien con un cariz radicalmente distinto, p. ej., por filósofos y pensadores como HOBBS o ROUSSEAU (cfr. CARLOS PÉREZ DEL VALLE. “Sobre los orígenes del ‘Derecho penal de enemigo’”. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau”, *CPC*, n.º 75, Madrid, 2001, pp. 597 y ss.), y modernamente por CARL SCHMITT en el ámbito de la teoría general del Derecho público, y con aplicación a una concepción discriminadora de las clases o razas sociales en la época nazi. Cfr. una clarificadora referencia crítica sobre el “Derecho penal del enemigo” en JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed. revisada y ampliada, Madrid, Civitas, 2001, pp. 163 y ss., y en MANUEL CANCIO MELIÁ. “‘Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n.º 44, julio/2002, pp. 19 a 26.

31 JAKOBS. “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, cit., p. 138.

del enemigo encuentra su justificación en el especial foco de peligro que integra el sujeto: si el delincuente es más peligroso, mayor ha de ser la reacción penal. Ello se trasluce en la legislación penal, con medidas tendentes a controlar o reducir tal peligrosidad. Entre ellas JAKOBS cita las siguientes:

– Adelantamiento de la punibilidad: o sea, “el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir”<sup>33</sup> (caso de creación de organizaciones terroristas o producción de narcóticos por bandas organizadas).

– No modificación de la pena: a pesar de que se adelanta la barrera de protección a un momento anterior a la consumación, la pena se mantiene inalterada.

– Cambio de los fines del ordenamiento penal: de manera que se produce un tránsito de la legislación de Derecho penal a la de lucha para combatir la delincuencia (organizada, de tráfico ilegal, de terrorismo, etc).

En resumen: el Derecho penal del enemigo entraña, frente al Derecho penal del ciudadano, un endurecimiento de las medidas penales, de una manera acorde con el grado de peligro que el delincuente ofrezca, frente a la Sociedad cuyo ordenamiento no reconoce. “Con este lenguaje –dice JAKOBS<sup>34</sup>– el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos”.

*Crítica:* el interesante aporte de JAKOBS sobre el Derecho penal del enemigo suscita novedosas y polémicas cuestiones:

1. Es cierto que la reacción punitiva contra determinados focos de peligro ha de seguir una estricta relación de proporcionalidad: esto es, a mayor peligro, más intensa represión, todo ello dentro de las garantías propias del Estado de Derecho. Tal principio es evidente, y en su virtud se explica que el asesinato haya de ser sancionado con pena más grave que el hurto.

2. Sin embargo, como ya vimos al analizar las llamadas medidas de seguridad inocuizadoras, la proporción ha de predicarse entre gravedad de la pena y gravedad del delito ya cometido (retrospectivamente), por exigencias del principio del hecho, pero no entre gravedad de la pena y peligrosidad futura del sujeto (prospectivamente)<sup>35</sup>.

32 GÜNTHER JAKOBS. “Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano”, en GÜNTHER JAKOBS y MANUEL CANCIO MELIÁ. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thomson y Civitas, 2003, pp. 22 y ss.

33 JAKOBS. “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, cit., p. 138.

34 JAKOBS. Ob. cit., p. 139; asimismo, íd. “Feinde als Verbrecher, Krieg als Strafe? Zur Reaktion der Staaten auf Terrorakte”, Bonn, 2001, 16 pp., original manuscrito e inédito: “un autor, delincuente, es ciudadano, y entonces será penado, o un autor es enemigo, y entonces se le declara la guerra, pero no los dos”.

35 Cfr., empero, JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones

3. Además, creemos que es incoherente que JAKOBS considere que el Derecho penal del enemigo forme parte integrante, junto al Derecho penal del ciudadano, del concepto de Derecho penal, siendo así que para él las medidas de seguridad no forman parte de este, sino del Derecho penal de policía: si las medidas de seguridad no conforman, para este autor, el Derecho penal (porque persiguen el aseguramiento frente a un peligro, no la estabilización de la norma), entonces con mayor razón debería excluirse el llamado Derecho penal del enemigo del Derecho penal, e incluirse en el Derecho penal de policía. En este sentido, CANCIO MELIÁ sostiene que, del mismo modo que la expresión “Derecho penal del ciudadano” es un pleonismo, “Derecho penal del enemigo” es una contradicción en sus términos pues sólo nominalmente forma parte del Derecho penal, siendo disfuncional con los criterios tradicionales<sup>36</sup>. Para este autor, el Derecho penal del enemigo es incompatible con el principio del hecho, en tanto responde a los esquemas de un Derecho penal de autor<sup>37</sup>, aunque considera que cumple una función de demonización de los sujetos socialmente excluyentes, que representa una forma exacerbada de reproche<sup>38</sup>, pero que constituye “un instrumento idóneo para describir un determinado ámbito, de gran relevancia, del actual desarrollo de los ordenamientos jurídico-penales”<sup>39</sup>.

#### IV. FUNCIONES DEL DERECHO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

##### A. Protección de bienes jurídicos (prevención de la criminalidad)

La opinión mayoritaria en la dogmática penal sostiene que el Derecho penal cumple una función de protección de bienes jurídicos, esto es, de los bienes y valores imprescindibles para la vida social<sup>40</sup>. Esta función tutelar es una función de garantía, es decir, de prevención de futuros delitos.

---

jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en *Estudios de Derecho Penal*, Biblioteca de autores extranjeros 5, Lima, Grijley, 2000, pp. 244 y s.; JOSÉ CEREZO MIR. *Consideraciones político-criminales sobre el proyecto de Código penal de 1992*, Lección inaugural del curso académico 1993-1994, Universidad de Zaragoza, 1993, pp. 37 y ss.; íd. *Curso de Derecho penal español. Parte general*, t. 1, “Introducción”, 5.ª ed., basada en el nuevo Código Penal de 1995, Madrid, Tecnos, 1996, p. 35; LUIS GRACIA MARTÍN. “Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española”, en *Actualidad Penal*, 2, Madrid, 1993, pp. 567 y ss.

36 CANCIO MELIÁ. “¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, cit., pp. 61, 89 y ss.

37 *Ibíd.*, pp. 100 y ss.

38 *Ibíd.*, p. 98.

39 *Ibíd.*, p. 61.

40 Cfr., en este sentido, por todos, JOSÉ ANTÓN ONECA. *Derecho penal*, t. 1, “Parte general”, Madrid, Gráfica administrativa, 1949, pp. 180 y sigs.; JOSÉ CEREZO MIR. *Ob. cit.*, pp. 13 y ss.; GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO. *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1977, pp. 195 y s.; JOSÉ ANTONIO SÁINZ-CANTERO. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3.ª ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1990, pp. 8 y ss.; JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS. *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito / 1*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 46 y ss.;

Protección y prevención constituyen un binomio inseparable y mantienen una relación de medio a fin. El Derecho penal protege bienes jurídicos (esto es, les concede garantía normativa) con vistas a la prevención de esos mismos bienes (o sea, a la evitación de futuros delitos): la protección de bienes jurídicos es el contenido, y la prevención de delitos es el fin. Desde esta perspectiva, el bien jurídico, en tanto objeto de protección típica, se convierte en un concepto esencial del Derecho penal<sup>41</sup>.

Los instrumentos o medios de que se vale el Derecho penal para desempeñar su función de tutela y prevención de bienes jurídicos son la pena y la medida de seguridad, que se imponen cuando se lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos esenciales del individuo o de la comunidad: no todo bien jurídico –ni frente a cualquier ataque– es susceptible de tutela penal, pues como gráficamente diría el gran penalista español PEDRO DORADO MONTERO, y repetiría el penalista alemán WILHELM GALLAS<sup>42</sup>, “no se puede matar gorriones a cañonazos, aunque no estén disponibles otras armas”, ni –parafraseando a un moderno escritor español– “se puede matar elefantes con tirachinas”.

#### B. Protección de la vigencia de la norma

La construcción funcional-normativista de GÜNTHER JAKOBS, aun no prescindiendo de la protección penal de valores ético-sociales<sup>43</sup>, ha sometido a dura crítica a la

---

LORENZO MORILLAS CUEVA. *Curso de Derecho penal español. Parte general*, M. COBO DEL ROSAL (dir.), Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, pp. 52 y ss.; DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA. *Curso de Derecho penal. Parte general*, t. I, Madrid, Universitas, 1996, pp. 68 y ss.; ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Derecho penal. Introducción*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2000, pp. 88 y ss.; JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ. *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, DINO CARLOS CARO CORIA (Presentación y anotaciones de Derecho penal peruano), Lima, Gráfica Horizonte, 1999, pp. 40 y ss.; en la doctrina peruana, RAÚL PEÑA CABRERA. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte general*, 3.<sup>a</sup> ed., completamente corregida y aumentada (1.<sup>a</sup> reimpresión actualizada), con la colaboración de CARLOS ATOCSA GARCÍA, JOSÉ ANTONIO CARO JOHN, REINER CHOCANO RODRÍGUEZ y SOFÍA LAQUI PIZARRO, Lima Editora Jurídica Grijley, 1999, pp. 10 y ss.; en la doctrina colombiana, FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1994, pp. 29 y ss., esp. 102; en la doctrina italiana, por TODOS, GIOVANNI FIANDACA / ENZO MUSCO, *l.u.c.*

41 Ampliamente, MIGUEL POLAINO NAVARRETE. *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie: Derecho, n.º 19, Sevilla, Universidad de Sevilla, Católica Española, 1974, *passim*. *Id.* *Derecho Penal. Parte general*, t. II, “Teoría jurídica del delito”, vol. I, Barcelona, Bosch, 2000, cap. 13; *id.* *El injusto típico en la Teoría del delito*, Corrientes, Mave: Mario A. Viera Editor, 2000.

42 Cfr. WILHELM GALLAS. “Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, Gedanken zum Begriff des Verbrechenens”, en *Heidelberger Jahrbücher*, IX, herausgegeben von der Universitätsgesellschaft Heidelberg, Berlin, Heidelberg y New York, Springer Verlag, 1965, pp. 2 y ss.

43 En efecto, en la construcción de su peculiar sistema no se aparta JAKOBS totalmente de su maestro HANS WELZEL y su mencionada teoría de la protección de los valores ético-sociales de conducta. Citando a WELZEL, dice JAKOBS que el Derecho penal debe proteger *valores ético-sociales*, argumentando que “así hay que comenzar si no se quieren entender los efectos del Derecho penal –al igual que el invierno y el verano– como sucesos de la naturaleza, sino –al igual que el enunciado y la respuesta-

teoría del bien jurídico, apartándose abiertamente de la fundamentación ontológica del Derecho penal. Para JAKOBS, es un sinsentido afirmar que el Derecho penal protege bienes jurídicos, siendo así que dicho ordenamiento pone en marcha su mecanismo de protección una vez que el bien ya ha sido lesionado o puesto en peligro, quizá de manera irreparable<sup>44</sup>: o sea, como diría su maestro WELZEL, el Derecho penal actúa siempre “demasiado tarde”.

*Ejemplo*: el bien jurídico protegido en el delito de homicidio es la vida humana. El Derecho penal sólo actúa, imponiendo una pena al autor de ese delito, una vez que ya se ha lesionado, quizá de manera irreparable, ese bien jurídico. O sea, cuando ya se ha matado (o lesionado al menos) a una persona. ¿Cómo puede decirse –argumenta JAKOBS– que el Derecho penal protege el bien jurídico vida si, precisamente, ese bien jurídico se ha destruido irreparablemente?

Además, JAKOBS añade otra crítica al concepto de bien jurídico: la lesión a un bien es un suceso natural, que no es privativo del Derecho penal. También las catástrofes naturales, o el simple transcurso del tiempo (¿no es la muerte natural por vejez un menoscabo del bien jurídico “vida”?), constituyen una lesión a bienes jurídicos, y no por ello devienen penalmente relevantes. La lesión que interesa al Derecho penal ha

---

como *hechos sociales*”. Cfr. GÜNTHER JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin y New York, Walter de Gruyter, 1991, p. vii (*Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO [trads.], Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1995, p. ix); id. “Zur Gegenwärtigen Straftheorie”, en *Strafe muss sein! Muss Strafe sein? Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch*, KLAUS-M. KODALLE (ed.), Würzburg, Königshausen & Neumann, 1998, pp. 29 y ss., esp. 39 (“Sobre la teoría de la pena”, MANUEL CANCIO MELIÁ [trad.], *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 3ª. época, n.º 47, Madrid, 1997, pp. 162 y s.; también Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 1999, p. 32), quien señala que la teoría de la prevención general positiva “no carece de antecesores, sino que es próxima [...] a la doctrina de WELZEL, según la cual el Derecho tiene una ‘función ético social’”.

44 Cfr. una contundente crítica de JAKOBS a la teoría del bien jurídico en *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 39 y ss., esp. 44 y ss. (*Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 50 y ss., esp. 55 y ss.). Recientemente JAKOBS, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? (publicado sólo en español en GÜNTHER JAKOBS y MANUEL CANCIO MELIÁ. *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, Grijley, 2000, pp. 43 y ss.; también en *RPDP*, n.º 1, Lima, 2000, pp. 151 y ss., y en *CDJP*, año VII, n.º 11, Buenos Aires, 2001, pp. 23 y ss.), presenta una posición algo más flexible que construcciones anteriores, sosteniendo que “puede intentarse presentar al Derecho penal como protección de bienes jurídicos, pero sólo de modo bastante forzado”, aunque lógicamente mantiene su posición de que “el Derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos”; cfr., también, los escritos de su discípulo BERND J. A. MÜSSIG. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz. Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament - am Beispiel der Rechtsgutbestimmung für die §§ 129, 129a und 324 StGB*, Schriften zum Strafrecht und Strafprozessrecht 14, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1994; id. “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema”, en *CDJP*, año VII, n.º 11, Buenos Aires, 2001, pp. 229 y ss.

de ser, pues, normativamente definida, con lo que se rechaza la fundamentación ontológica (naturalista) del Derecho penal, que había sido una piedra de toque de la dogmática penal hasta la fecha. Con ello, se produce un cambio de paradigma: no interesa tanto defender bienes cuanto defender que la norma jurídico-penal mantenga su vigencia. Oigamos al propio JAKOBS: “la pena no repara bienes, sino que confirma la identidad normativa de la Sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas”<sup>45</sup>.

La función del Derecho penal reside, según JAKOBS, en la confirmación de la vigencia de la norma: se trata, pues, de una función de garantía de la estructura o identidad normativa de la Sociedad<sup>46</sup>. Sobre la base de la dialéctica hegeliana, concibe JAKOBS el delito “como afirmación que contradice la norma”, y la pena “como respuesta que confirma la norma”, de manera que “la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la Sociedad. El Derecho penal, por tanto, confirma la identidad social”, es decir, “restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma”<sup>47</sup>.

*Ejemplo*: “el autor de un homicidio expresa a través de su hecho que no hay que respetar la norma contra el homicidio; con la pena, sin embargo, se declara que esa expresión carece de relevancia, que la norma sigue vigente”<sup>48</sup>.

45 GÜNTHER JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FEUÓO SÁNCHEZ (trads.), Madrid, Civitas, 1996, p. 11 (“Prólogo”).

46 Cfr., últimamente, GÜNTHER JAKOBS. “Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung”, en *Verantwortung in Recht und Moral*, Referate der Tagung der deutschen Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 2. bis zum 3. Oktober 1998 in Frankfurt am Main, ULFRID NEUMANN y LORENZ SCHULZ (eds.), Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2000, pp. 57 y ss.

47 JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, cit. Cfr., ya al respecto, ULRICH KLUG. *Die zentrale Bedeutung des Schutzgedankens für den Zweck der Strafe*, Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte G.m.b.H., Berlin, 1938, esp. pp. 49 y ss. Cfr., en sentido crítico, KLAUS LÜDERSEN. “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des ‘alteuropäischen’ Strafrechts?”, *ZStW*, t. 107, Heft 4, 1995, pp. 877 y ss., esp. 882 y ss.; ALESSANDRO BARATTA. “Jenseits der Strafe - Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur Neubewertung der Funktionen des Strafrechts”, en *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, FRITJOF HAFT, WINFRIED HASSEMER, ULFRID NEUMANN, WOLFGANG SCHILD y ULRICH SCHROTH (eds.), Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1993, pp. 393 y ss., por ejemplo, el autor de un homicidio expresa a través de su hecho que no hay que respetar la norma contra el homicidio; con la pena, sin embargo, se declara que esa expresión carece de relevancia, que la norma sigue vigente”, pp. 404 y ss.

48 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 1996, pp. 7 y ss.

### C. ¿Función de control social?

Un sector doctrinal<sup>49</sup> defiende que el Derecho (en general) y el Derecho penal (en particular) cumplen una función de control social<sup>50</sup>. Este concepto, como otros conceptos criminológicos y sociológicos, es de difícil definición en la dogmática penal. Algún autor, desde perspectivas criminológicas, lo asocia con la reacción social frente a la conducta desviada que lesiona una norma<sup>51</sup>. El Derecho penal constituye, para esta posición, un sistema de control social primario y formalizado, que se integra en el total sistema de control social: el control social penal sólo sería una mínima parte de ese control social general, aunque la función social del Derecho penal es insustituible<sup>52</sup>.

Críticamente puede afirmarse que la amplitud y vaguedad del concepto de control social lo hace inaceptable<sup>53</sup>, porque decir que el Derecho penal cumple una misión de control social nada aporta a la descripción del ordenamiento punitivo, pues esta misión es predicable, no sólo de todo el ordenamiento<sup>54</sup>, sino además de muchos otros factores condicionantes.

- 
- 49 Cfr., por ejemplo, en la doctrina alemana, GÜNTER STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, Die Straftat, 4. völlig neu und bearbeitete Aufl., Köln, Berlín, Bonn y München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 2 y ss.; en la doctrina española, por todos, SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 5.ª ed., Barcelona, 1998, pp. 5 y ss.; JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal. Parte general. Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1993, pp. 33 y ss.; JOSÉ L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Presupuestos fundamentales del Derecho Penal", en *RD*, vol. III, n.º 3, Concepción, 1994, pp. 39 y ss., esp. 42; ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal. Introducción*, 2.ª ed., Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2000, pp. 1 y ss.; ROBERTO BERGALLI y ENRIQUE E. MARI (coords.), *Historia ideológica del control social (España-Argentina, siglos XIX y XX)*, Barcelona, PPU, 1989, pássim; ROBERTO BERGALLI, *Control social punitivo*, Barcelona, M. J. Bosch, 1996, pássim; JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, DINO CARLOS CARO CORIA (Presentación y anotaciones de Derecho penal peruano), Lima, Gráfica Horizonte, 1999, pp. 3 y ss.; en la doctrina peruana, RAÚL PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte general*, 3.ª ed., completamente corregida y aumentada, con la colaboración de CARLOS ATOCsa GARCÍA, JOSÉ ANTONIO CARO JOHN, REINER CHOCANO RODRÍGUEZ y SOFÍA LAQUI PIZARRO, Lima, Editora Jurídica Grijley, 1999, pp. 28 y ss.
- 50 Cfr., sobre la evolución de este concepto, MORRIS JANOWITZ, "Wissenschaftshistorischer Überblick zur Entwicklung des Grundbegriffs 'soziale Krontrolle'", *KZfJSS*, 25. Jahrgang, 1973, pp. 499 y ss.; ampliamente, BERGALLI. Ob. cit.
- 51 Cfr., al respecto, ALEXANDER L. CLARK y JACK P. GIBBS, "Social Control: a reformulation", en *Social Problems* 12, 1964/65, pp. 398 y ss. ("Soziale Kontrolle: eine Neuformulierung", en *Seminar: Abweichendes Verhalten I. Die selektiven Normen der Gesellschaft*, KLAUS LÜDERSSSEN y FRITZ SACK (eds.), Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag, 1974, pp. 153 y ss.).
- 52 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal. Introducción*, cit., p. 3.
- 53 En el mismo sentido, DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, t. I, Madrid, Universitat, 1996, pp. 70 y s.
- 54 Crítico, también, IGNACIO SERRANO BUTRAGUEÑO, "Introducción" a MANUEL DE LARDIZÁBAL y URIBE, *Discurso sobre las penas*, Granada, Comares, 1997, pp. XVI y s., quien gráficamente escribe: "entender el Derecho penal como un instrumento de control social equivale, a mi juicio, a poner a todo el mundo bajo sospecha". Cfr. ULFRID NEUMANN y ULRICH SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980, pp. 95 y s.

Como señala GARCÍA-PABLOS<sup>55</sup>, “el control social dispone de numerosos *sistemas normativos* (la Religión, la Ética, el Derecho civil, el Derecho penal, etc.); de diversos *órganos o portadores* (la familia, la Iglesia, los partidos, los sindicatos, la Justicia, etc.); de variadas *estrategias* de actuación o respuestas (represión, prevención, resocialización, etc.); de diferentes modalidades de *sanciones* (positivas, como ascensos, distinciones, buena reputación; negativas, reparación del daño, sanción pecuniaria, privación de libertad, etc.); y de particulares *destinatarios* (estratos sociales deprimidos, estratos sociales privilegiados, etc.)”.

#### D. ¿Función ético-social (tutela del “mínimo ético”)?

Otros autores sostienen que el Derecho penal cumple una función ético-social consistente en la defensa de los principales valores éticos de la Sociedad, garantizando el “mínimo ético” imprescindible para el desarrollo de la vida social<sup>56</sup>, de modo que el Derecho penal desempeña una “significativa función configuradora de las costumbres”<sup>57</sup>.

Para esta corriente, el Derecho penal, al sancionar determinadas acciones delictivas (homicidio, lesiones, coacciones, injurias, etc.), no protege inmediatamente bienes jurídicos (vida, integridad física, libertad, honor, etc.), sino que garantiza un respeto a tales bienes jurídicos, esto es, fomenta en los ciudadanos la idea de que tales bienes jurídicos no deben ser lesionados<sup>58</sup>. Se trata, pues, de una función pedagógica, de enseñanza, educación o fomento de la “cultura” del respeto a los valores éticos de la Sociedad. Mediatemente, esto es, protegiendo esos valores éticos, se protegen también bienes jurídicos<sup>59</sup>.

55 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Ob. cit.

56 Fundamental sobre esta posición es la clásica obra de GEORG JELLINEK. *Die sozioletische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Hildesheim, Georg Olms Verlagsbuchhandlung, 1967 (reprografischer Nachdruck der Ausgabe Wien 1878), pássim, esp. pp. 56 y ss., 91 y ss.

57 Cfr. HANS WELZEL. *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11.<sup>a</sup> ed., Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1969, p. 5. Críticamente, MIGUEL POLAINO NAVARRETE. “Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho penal”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 109 a 134.

58 Cfr. JOSÉ CEREZO MIR. *Curso de Derecho penal español. Parte general*, I, “Introducción”, 5.<sup>a</sup> ed., basada en el nuevo Código Penal de 1995, Madrid, Tecnos, 1996, p. 15: “consiste esencialmente en el fomento del respeto a los bienes jurídicos. Las concepciones ético-sociales desempeñan un papel primordial, pues el Derecho penal castiga generalmente como delito las infracciones más grave de las normas de la Ética social”.

59 Cfr. HANS WELZEL. “Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes”, en *Probleme der Strafrechtserneuerung*, Berlín, Verlag Walter de Gruyter & Co., 1944, pp. 101 y ss., esp. 107; id. *Das deutsche Strafrecht*, cit., pp. 1 y ss. HELLMUTH MAYER. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, W. Stuttgart, Kohlhammer Verlag, 1953, pp. 50 y ss. (2.<sup>a</sup> ed., W. Stuttgart, Berlín, Köln y Mainz, Kohlhammer Verlag, 1967, p. 52); GÜNTER STRATENWERTH. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, “Die Straftat”, Köln, Berlín, Bonn y München, Carl Heymanns Verlag KG, 1971, pp. 28 y ss. (4. völlig neu bearbeitete Aufl., 2000, pp. 32 y s.); JOHANNES WESSELS y WERNER BEULKE. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 30, neubearbeitete Aufl., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2000, p. 3. Cfr. POLAINO NAVARRETE. Ob. cit.

Tampoco esta doctrina se libra de consideraciones críticas, pues confunde el Derecho con la Moral o la Ética social<sup>60</sup>. A mi juicio, tales disciplinas son plenamente autónomas, de manera que el único Derecho penal aceptable es moralmente neutral: el Derecho penal no puede tutelar la Moral de otro modo que posibilitándola<sup>61</sup>, pues como diría RADBRUCH, “el Derecho penal es moral en tanto es posibilidad de lo inmoral”<sup>62</sup>.

#### E. ¿Función promocional?

Otra corriente doctrinal sostiene que el Derecho penal cumple una función promocional: promueve actitudes en el seno de la Sociedad, no tanto para satisfacer determinadas necesidades sociales cuanto para promover la actitud de respeto y de alarma frente a esas conductas. Desde este punto de vista, se considera al Derecho penal como el motor o promotor del cambio social, pues no se limita a proteger o consolidar un *statu quo* ya existente (modelo conservador), sino que ha de impulsar de manera activa y emprendedora los cambios de actitudes en la sociedad<sup>63</sup>.

Esta supuesta función promocional guarda evidente similitud con la función ético-social: ambas asignan al Derecho penal una función pedagógica de fomento del respecto a determinados bienes o valores jurídicos. Al igual que aquella, merece esta doctrina algunas críticas.

– El Derecho penal ni es ni debe ser motor ni promotor del cambio social: excede de sus cometidos el de impulsar una transformación en la Sociedad así como el de educar a sus ciudadanos. Puede (y debe), a lo sumo, limitarse a la protección de los bienes esenciales, pero no imponer conductas.

– Además, este sistema promocional, promotor del cambio social y transformador de la organización de la comunidad, conduce en sus extremas consecuencias a un proceso de neocriminalización, ante la aparición de focos de peligro: en las telecomunicaciones (difusión de pornografía a través de Internet, piratería informática, etc.), ámbito

60 Ampliamente, POLAINO NAVARRETE. Ob. cit. Cfr. BARBARA JUST-DAHLMANN, Referat über das Thema *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neuzubestimmen?*, en *Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages Nürnbergs 1968*, t. II (*Sitzungsberichte*), München, Teil K. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1968, pp. 8 y s.; LACKNER. Ob. cit., p. 27; ERNST-WALTER HANACK. Ob. cit., pp. 7 y ss., esp. 33. Cfr. WILHELM GALLAS. “Gründe und Grenzen der Strafbarkeit. Gedanken zum Begriff des Verbrechens” (Heidelberger Jahrbücher, 1965), en *Beiträge zur Verbrechenlehre*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1968, pp. 1 y ss.

61 Cfr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *Manual de Derecho penal, Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires, EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 1979, p. 25.

62 GUSTAV RADBRUCH. *Rechtsphilosophie*, 4.ª ed., Stuttgart, 1950, p. 139.

63 Cfr. ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Derecho penal. Introducción*, 2.ª ed., Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2000, p. 99, quien sostiene que desde esta perspectiva promocional se considera al Derecho penal como un poderoso instrumento del cambio social y de la transformación de la sociedad, señalando críticamente que “el Derecho penal encauza el cambio social, no lo dirige ni lo impulsa”.

económico-fiscal, esfera ecológico-ambiental, consumo, calidad de vida, etc.<sup>64</sup>. En definitiva, propugna un intervencionismo inaceptable como modelo punitivo en las modernas Sociedades.

#### F. ¿Función simbólica?

Por último, cabe prestar breve atención a otra pretendida función del Derecho penal: la función simbólica<sup>65</sup>, que según algunos autores llega a legitimar por sí sola el sistema penal<sup>66</sup>. Desde esta perspectiva, se señala que el Derecho penal, prácticamente convertido en un mito, ejerce sobre los ciudadanos un efecto psicológico, que genera sentimientos varios y –aun– contradictorios (p. ej., un sentimiento de tranquilidad, autocomplacencia, congratulación, ilusión, esperanza, etc., en el legislador; y un sentimiento de desconfianza, desesperanza, desilusión, frustración, etc., en los ciudadanos), pero que en última instancia tiende a que toda la Sociedad tenga la convicción de que las normas se aplican, despliegan su eficacia, y de ese modo se protejan bienes jurídicos.

Esta posición adopta, en realidad, como punto de partida la distinción entre “función instrumental” y “función simbólica”<sup>67</sup> del Derecho penal: la primera alude al ordena-

64 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Ob. cit., p. 100.

65 Cfr., sobre la función simbólica de la pena, además, ALESSANDRO BARATTA, “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica”, MAURICIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ (trad.), en *Pena y Estado. Revista Hispanolatinoamericana*, n.º 1: La función simbólica del Derecho penal, 1991, pp. 37 y ss.; IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. “Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española”, *PyE*, cit., pp. 91 y ss.; JUAN BUSTOS RAMÍREZ. “Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente”, *PyE*, cit., pp. 101 y ss.; SUSAN EDWARD. “La función simbólica del Derecho penal: violencia doméstica”, traducción de ELENA LARRAURI, *PyE*, cit., pp. 83 y ss.; WINFRIED HASSEMER. “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, traducción de ELENA LARRAURI, *PyE*, cit., pp. 23 y ss. (versión alemana: “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, *NZSt*, Heft 12, 9. Jahrgang, 15. Dezember 1989, pp. 553 y ss.; también en íd. *Strafen im Rechtsstaat*, mit einem Vorwort von ANDREW VON HIRSCH, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, pp. 170 y ss.); DARIO MELOSSI. “Ideología y Derecho penal: ¿el Garantismo jurídico y la Criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?”, traducción de JOSÉ CID, *PyE*, cit., pp. 57 y ss.; JESÚS ANTONIO MUÑOZ G. “Derecho e impunidad”, *PyE*, cit., pp. 67 y ss.; WOLF PAUL. “Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico”, MIGUEL GONZÁLEZ MARCOS (trad.), *PyE*, cit., pp. 111 y ss.; JUAN TERRADILLOS BASOCO. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, *PyE*, cit., pp. 9 y ss.; Ampliamente, MONIKA VOSS. *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Verlag Rolf Gremer, Ebelbach, 1989, pp. 7 y ss., 25 y ss., 79 y ss.; KNUT AMELUNG. “Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung”, *ZStW*, t. 92, 1980, pp. 19 y ss., esp. 54 y s.; HARALD KINDERMANN. “Symbolische Gesetzgebung”, en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, t. 13, Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Herausgegeben von DIETER GRIMM und WERNER MAIHOFFER, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1988, pp. 222 y ss.; JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS. “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *AP*, n.º 1, 1.º al 7 de enero de 2001, pp. 1 y ss.

66 Cfr. JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR. *Fundamentos de Derecho penal. Parte general. Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1993, pp. 90 y s.

miento punitivo como mecanismo o instrumento de protección y prevención de bienes jurídicos, mientras que la segunda consiste en el efecto psicológico que en los ciudadanos provoca la actuación del Estado en materia penal, esto es, la configuración de las leyes penales y la aplicación de las mismas en la realidad social<sup>68</sup>.

Aunque reina bastante incertidumbre en torno al exacto significado del simbolismo del Derecho penal<sup>69</sup>, es cierto que en su construcción más original se asocia la producción de un efecto psicológico en los ciudadanos a la protección de bienes jurídicos<sup>70</sup>. Se pretende que el Derecho penal origine confianza en la población, que ésta vea que la Sociedad se protege a sí misma y que el Derecho —las normas jurídicas— es válida y despliega su eficacia, ejerciendo su cometido protector de bienes jurídicos. Desde esta perspectiva, es clara la vinculación existente entre la teoría de la prevención general positiva (defendida principalmente por JAKOBS) y esta función simbólica del Derecho penal, aunque ambas no pueden identificarse<sup>71</sup>.

- 
- 67 Cfr. RAINER HEGENBARTH. "Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze", *ZRP*, 14. Jahrgang, Heft 9, September 1981, pp. 201 y ss. Cfr. Díez RIPOLLÉS. Ob. cit., pp. 4 y ss., quien se muestra crítico con esa distinción, al llevar a una desvinculación de los efectos simbólicos de la pena y la protección de bienes jurídicos, proponiendo la sustitución del término "efectos instrumentales" por el de "efectos materiales", y del vocablo "efectos simbólicos" por "efectos expresivo-integradores".
- 68 Cfr. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1992, pp. 304 y ss.: "se suele señalar que las leyes pueden tener, por un lado, una 'función instrumental', esto es, influir mediante mandatos y prohibiciones eficaces y mediante la aplicación real de las consecuencias jurídicas de su infracción sobre el comportamiento de sus destinatarios, a fin de obtener el efecto deseado, modificar la realidad. Pero, además de esta función de transformación de la situación de partida, o, lo que es peor, en lugar de ella, las leyes pueden desempeñar, por otro lado, una función meramente simbólica, que tiene lugar no en la realidad exterior (puesto que no se aplican), sino en la mente de los políticos y de los electores", si bien considera que "la propia distinción entre lo simbólico y lo instrumental es, en buen número de casos, bastante discutible". Cfr., asimismo, con cierto detenimiento, ZUGALDÍA ESPINAR. Ob. cit.; JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS. *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito / I*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 57 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Ob. cit., pp. 97 y s.; Díez RIPOLLÉS. Ob. cit.
- 69 Cfr., recientemente, WINFRIED HASSEMER. "Das Symbolische am symbolischen Strafrecht", en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, BERND SCHÜNEMANN, HANS ACHENBACH, WILFRIED BOTTKE, BERNHARD HAFFKE y HANS-JOACHIM RUDOLPHI (eds.), Berlin y New York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 1001 y ss., quien destaca la viabilidad del Derecho penal simbólico en diferentes aspectos del sistema penal; también, BERNHARD HAFFKE. "Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitverbürgung und Symbolik", en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, cit., pp. 69 y ss., esp. 970 y ss.
- 70 En contra, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Ob. cit., p. 97: "la función 'simbólica' [...] nada tiene que ver con la pretendida defensa de los bienes jurídicos"; también, aunque no tan concluyentemente, SILVA SÁNCHEZ. Ob. cit., p. 305. En cambio, Díez RIPOLLÉS. Ob. cit., pp. 5 y ss., sostiene que "la desacreditación [...] de los efectos simbólicos es apresurada pues [...] no sólo están en condiciones de proteger bienes jurídicos a través de la prevención de comportamientos sino que, además, resultan imprescindibles para lograr tales propósitos".
- 71 Cfr., empero, JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR. "¿Otra vez la vuelta a von LISZT?", en FRANZ VON LISZT, *La idea del fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882*, JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR (Introducción y nota biográfica), CARLOS PÉREZ DEL VALLE (trad.), Granada, Comares,

Esta pretendida función simbólica del Derecho penal no es aceptable, por varios motivos:

– Incorre en *contradictio in terminis*, al identificar (o sea, al confundir) “función” con “efecto”: define la función del Derecho penal por sus consecuencias, esto es, por su “efecto (psicológico)” sobre los ciudadanos, lo cual es ciertamente contradictorio, porque la consecuencia ocupa lógicamente un lugar posterior a la función.

– Aun aceptando –contrariando las reglas de la lógica– que la función pueda definirse a través de su efecto, tampoco es aceptable la función simbólica: porque no justifica, ni fundamenta, ni legitima, conjunta o aisladamente, la intervención del Estado mediante el Derecho penal.

– La presente doctrina vive de la suposición de que el Derecho penal provoca un sentimiento, un efecto psicológico, tanto en el legislador (en el político) como en el ciudadano (en los electores o votantes), dando por demostrado lo que, en todo caso, hay que demostrar. Por un lado, no es cierto ni seguro que el Derecho penal cause un efecto psicológico en la población, y, por otro, aunque en efecto lo causase conviene preguntarse si ese efecto (o múltiples y varios efectos) sirve realmente para predicar de él una función del Derecho penal, teniendo en cuenta además que tal hipotético efecto psicológico puede ser de muy variadas y aun contradictorias facetas o caracteres.

#### G. Recapitulación y toma de postura: sobre la compatibilización de la tutela de bienes jurídicos y la protección de la vigencia de la norma

En este trabajo hemos analizado, brevemente y con lente crítica, las principales funciones que se adscriben al Derecho penal. A continuación resumimos nuestra postura al respecto:

1. Creemos que deben desecharse como funciones legitimantes de la imposición de la pena estatal la función de control social, la función ético-social, la función promocional y la función simbólica del Derecho penal. Ninguna de ellas legitima, por sí misma, el poder punitivo del Estado: su ambigüedad las hace inviables e insostenibles.

2. La función primordial del Derecho penal es, pues, a nuestro juicio, la función de protección de bienes jurídicos y prevención de ataques lesivos a los mismos.

3. Queda en un segundo lugar la “función” de vigencia de la norma<sup>72</sup>. A nuestro juicio, no es una función propiamente dicha, sino la consecuencia directa y principal que la función tutelar-preventiva tiene en el sistema social.

---

1995, p. 22, quien incardina la teoría de la prevención general positiva, junto a las teorías absolutas clásicas, en las “teorías de la función simbólica”; ampliamente, sobre diversas cuestiones relativas al Derecho penal simbólico, el sugerente estudio de Díez RIPOLLÉS. Ob. cit., pássim.

4. De lo dicho se desprende que la tarea de protección de bienes jurídicos no es incompatible con el mantenimiento de la vigencia de la norma: protección de bienes jurídicos (función primordial y legitimante del Derecho penal) y protección de la vigencia de la norma son dos actividades que juegan en un plano diferente: la primera legitima el sistema punitivo, la segunda configura la estructura del sistema jurídico (y, por tanto, social).

5. Ambos fines no aparecen desconectados, sino antes bien íntimamente relacionados: operan en planos diferentes, pero son fines contingentes.

6. Entre ellos se produce un acoplamiento estructural, de modo que no cabe entender la comunicación social en el plano jurídico sin que puedan observarse globalmente ambos “fines”.

7. La diferencia sistemática que se opera entre ellos es dependiente del punto de vista desde el que se lleva a cabo la *observación*.

