

**UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**SOBRE EL FUNDAMENTO HEGELIANO DE LA  
TEORÍA PENAL DE GÜNTHER JAKOBS**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES**

ALUMNO: LORETO MUÑOZ EXSS.

PROFESOR PATROCINANTE: DR. JUAN O. COFRÉ LAGOS.

VALDIVIA, diciembre de 2004

Señor Director  
Instituto de Derecho Privado  
y Ciencias del Derecho  
Presente.

Señor Director:

Paso, a continuación, a informar la Memoria de Tesis de la señorita Loreto Muñoz Exss quien ha elaborado, bajo mi dirección, la tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, titulada "Sobre el fundamento hegeliano de la teoría penal de Günther Jakobs".

Desde el punto de vista formal, el trabajo está adecuada y correctamente estructurado. El Primer Capítulo está destinado a exponer, en grandes líneas, el pensamiento jurídico-penal de Hegel, espigando en *Grundlinien der Philosophie des Rechts* las ideas centrales que el filósofo alemán propone para explicar la naturaleza y función del Derecho penal en el seno de la sociedad. El Capítulo segundo vincula la filosofía penal de Hegel a la filosofía penal de Jakobs y muestra de manera convincente las relaciones, de antecedente a consecuente, que se siguen de observar la influencia del primero sobre el segundo, preparando con ello el terreno para hacer ya en el Capítulo tercero un análisis más acabado de la teoría penal del maestro de Bonn.

La exposición del problema, primero, y el desarrollo de la hipótesis, después, están realizadas con plena claridad, coherencia y correcta fundamentación. De la lectura de la Memoria se deduce con facilidad cuál es el verdadero alcance y límite del pensamiento jurídico-penal de Jakobs, y en qué consiste tanto su originalidad como los puntos controversiales de su propuesta jurídica.

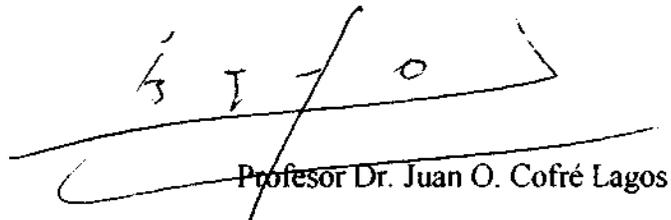
Particularmente interesante y clarificador, según se sigue de la lectura del trabajo, resulta la tesis central de Jakobs -tomada, como él mismo sostiene, y muestra adecuadamente la tesis de acuerdo con la cual el Derecho Penal no debe ser entendido como una suerte de muro de protección de bienes jurídicos queridos y asumidos por una comunidad, sino, principalmente, como órgano de última *ratio* destinado, esencialmente, a mantener la vigencia de la norma, esto es, del sistema jurídico-penal.

Apoyándose, además, en la prestigiosa -aunque también polémica- teoría sociológica de Luhmann, Jakobs explica la teoría de la vigencia de la norma sobre la base del funcionalismo sociológico que consiste fundamentalmente en la sustentación de la tesis según la cual cada persona lo es en la medida que cumple adecuadamente el rol jurídico que la propia sociedad le encomienda. El incumplimiento del rol o la desviación respecto del mismo, contribuye a crear un esbozo de mundo contrario a la idea de mundo y de vida diseñado por la sociedad y el Derecho Penal emerge, entonces, como una prevención primero y como un correctivo después, que reifica mediante la punición la idea de que tal contradiseño propuesto o ejecutado por el delincuente, no ha de ser tolerado. El delito, en consecuencia -según va mostrando la Memoria-, que comienza por aparecer como un quebrantamiento de la regularidad social y jurídica, debe ser contestado por el Derecho con la punición, con lo cual se hace, de acuerdo con Hegel, ilusoria la agresión delictual, en tanto ésta queda anonadada en sí misma, conforme a las leyes de la dialéctica, por la pena en cuya virtud se supera el conflicto y se logra el restablecimiento y vigencia de la norma, esto es, el Derecho Penal. En otros términos, como ya había enseñado Kant, la resistencia que se opone a lo que obstaculiza un efecto, fomenta ese efecto y concuerda con él.

El Derecho Penal, pues, según Jakobs, *no protege bienes jurídicos*, al menos principalmente bien matiza la tesis, como ha mantenido tradicionalmente el Derecho penal alemán y con él la mayoría de la doctrina y de la filosofía penal europea e iberoamericana, sino, simplemente la *vigencia de la norma*. Esta idea, en apariencia sencilla, la extrae el penalista y filósofo alemán de Hegel, y la reactualiza apoyado en la sociología de Luhmann.

En mi opinión es mérito de la tesista haber ideado una problemática filosófico-penal del mayor interés tanto por su valor teórico como dogmático, haberla expuesto con claridad, concisión y coherencia y, de este modo, poner frente a nuestra visión la teoría de este notable penalista alemán cuya teoría va ganando creciente prestigio en el mundo alemán, y abriendo seguro paso en el ámbito jurídico español e iberoamericano.

Por los méritos que supone este trabajo, pues, lo califico con *nota siete (7.0)* y autorizo su empaste.

  
Profesor Dr. Juan O. Cofré Lagos

Valdivia, diciembre de 2004.

## INDICE

<b>INTRODUCCION</b> .....	pág. 1
<b>CAPITULO I</b> La Teoría Jurídica de Hegel y su vigencia en el Derecho Contemporáneo.....	pág. 3
1.1 Hegel y la filosofía de su tiempo.....	pág. 3
1.2 El lugar del Derecho dentro de su filosofía.....	pág. 4
1.3 La teoría Penal de Hegel.....	pág. 5
1.3.1 El Delito.....	pág. 7
1.3.2 La Pena.....	pág. 8
<b>CAPITULO II</b> Los Argumentos Iusfilosóficos de Günther Jakobs para sostener su Teoría Funcionalista.....	pág. 12
2.1 ¿Por qué volver a Hegel?.....	pág. 12
2.2 ¿Y por qué invocar a Luhmann?.....	pág. 14
<b>CAPITULO III</b> La propuesta de Günther Jakobs.....	pág. 19
3.1 El rol del Derecho Penal en la sociedad contemporánea.....	pág. 21
3.2 Cómo concebir el delito en relación con el orden jurídico.....	pág. 32
3.3 La restauración del orden jurídico mediante la pena.....	pág. 35
3.4 Principales problemas en el sistema de Günther Jakobs.....	pág. 40
<b>CONCLUSIONES</b> .....	pág. 45
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	pág. 47

## INTRODUCCIÓN

En el mundo jurídico europeo, y como consecuencia de ello también en el iberoamericano, siempre ha tenido una importancia fundamental el Derecho Penal alemán. Desde el siglo XIX los principales penalistas alemanes han construido distintas teorías que han incidido de manera directa en la legislación penal germana y también en la iberoamericana. La consistencia de la doctrina penal alemana se debe en considerable medida a los fundamentos filosóficos a partir de los cuales se erige. El mundo moderno trajo aires de renovación en el ámbito del Derecho y específicamente, en el penal. Los penalistas alemanes se inspiraron, esencialmente, en las teorías jurídicas de Kant y Hegel, de ahí que el retribucionismo, primero moral y después jurídico, haya desempeñado siempre en la dogmática penal alemana un rol central.

En el siglo XX se suma a la influencia filosófica, la traumática experiencia de las dos guerras mundiales que, de algún modo, debilitaron la concepción del hombre y de sus derechos fundamentales. Sobre estos antecedentes se construirá el Derecho Penal del siglo XX. A partir de Welzel se desarrolla la moderna teoría de los bienes jurídicos protegidos como elementos esenciales que ha de tener en vista el Derecho Penal como razón de ser de su función protectora de una sociedad que quiere, por un lado reivindicar la tradición iusfilosófica alemana y, por otro superar los traumas de las violaciones tan brutales a los derechos humanos, que se vivieron a propósito de las dos grandes conflagraciones bélicas del siglo XX. Después de los años sesenta se ha abierto paso, con bastante éxito, en el mundo germano la teoría del Derecho Penal fundamentada y derivada de una política criminal. La idea, impulsada, entre otros, por Claus Roxin ha sido primeramente, determinar cuáles son los bienes sociales que una comunidad considera valiosos y dignos de protección penal y, a partir de ello fundamentar una dogmática penal y una legislación punitiva.

Esta teoría, coincidente con la legislación penal, consagrada en el código penal alemán de 1987, ha sido, en importante medida, obra de la escuela de Roxin, razón por la cual recoge “oficialmente” la teoría del bien jurídico protegido. Sin embargo, la obra de Günther Jakobs bajo la influencia del pensamiento hegeliano en el aspecto filosófico y del de Niklas Luhmann en el ámbito sociológico ha propuesto una nueva teoría, de acuerdo con la cual el Derecho Penal protege la vigencia de la norma y no bienes jurídicos, necesariamente.

Visto pues, el interés que ha despertado en el mundo contemporáneo la teoría penal y la filosofía penal de Jakobs, hemos creído conveniente someter a revisión la hipótesis, sustentada por el propio Jakobs, según la cual su pensamiento jurídico-penal, es una reedición actualizada de la filosofía jurídica que Hegel expuso en su famosa obra *Grundlinien der Philosophie des Rechts*.

Nuestra tarea pues, tiene una doble dimensión: por un lado, explicar, ordenada y lógicamente, cómo evoluciona el pensamiento de Jakobs a partir de la teoría jurídica de Hegel y de Luhmann -en tanto, la teoría hegeliana es vehiculizada por el funcionalismo de Luhmann- y, por otro, someter a prueba la idea de la deuda filosófica de Jakobs para con Hegel. ¿Hasta dónde llegará la fidelidad - tan anunciada por Jakobs- de su pensamiento para con el de Hegel? Es cosa que debemos averiguar en la presente investigación.

## CAPÍTULO I

### LA TEORÍA JURÍDICA DE HEGEL Y SU VIGENCIA EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

Al referirnos a Hegel, conviene comenzar por situarnos en el siglo XVII, esto es, en la época del idealismo alemán. Desde entonces, han surgido distintas corrientes filosóficas, algunas de ellas en franca oposición con lo planteado por los representantes del idealismo. Lo anterior, lleva a cuestionarse la vigencia del planteamiento de estos filósofos, especialmente, en lo que se refiere a la situación de Hegel. Si bien algunos autores plantean o reclaman una resuelta despedida tanto de Hegel como de Kant<sup>1</sup>, ambos autores siguen influyendo hoy a la hora de elaborar o defender distintas teorías. La vigencia de Hegel en el mundo actual, se ve reflejada en los planteamientos de diferentes autores contemporáneos, quienes continúan por la senda trazada por este importante filósofo alemán. Entre quienes siguen actualmente a Hegel encontramos al penalista alemán Günther Jakobs quien, a la hora de desarrollar su particular teoría penal, utiliza muchas de las propuestas de Hegel; el propio Jakobs ha sostenido en sus trabajos que la idea fundamental que orienta su propuesta funcionalista es una reformulación y reactualización de la teoría hegeliana, de acuerdo con la cual, la pretensión del Derecho debe estar orientada a impedir su quebrantamiento, en tanto el Derecho por sí mismo constituye un valor.

#### 1.1 HEGEL Y LA FILOSOFÍA DE SU TIEMPO

Es precisamente con Hegel con quien termina una etapa filosófica fundamental de la modernidad: el idealismo alemán. Dicho período comenzó con Kant, quien, según sus propias palabras, le imprimió un giro copernicano al pensamiento europeo. Hasta antes de Kant se hacía una separación tajante entre el sujeto que conoce y el objeto conocido, suponiéndose que entre ambos no existía relación de influencia alguna. Kant, en cambio, postulaba que el conocimiento es un proceso en el cual el sujeto, de algún modo, modifica el objeto, de ahí que éste no aparezca como es en sí, sino como fenómeno para la conciencia. Es decir: conocer es “transformar”.

Esta concepción es llevada al límite por el pensamiento de Hegel, quien sostiene que la historia del Espíritu es, en realidad, el desarrollo paulatino del Absoluto (libertad), es decir, de la Idea en sí. Esta Idea se va dando por etapas, desde la más primaria -que es la animista y mágica- hasta la más evolucionada que es la filosófica; entre ambas se ubican o localizan los sistemas normativos, especialmente la moralidad (y la eticidad) y el Derecho; de suerte que es éste el sistema que permite el despliegue externo de la libertad y su materialización en el Estado, terreno

---

<sup>1</sup> Así lo plantea por ejemplo Ulrich Klug en el ámbito penal, quien señala que debemos despedirnos de las teorías desarrolladas tanto por Hegel como por Kant, en lo que dice relación con el fin de la pena (el adiós a las teorías absolutas). Cfr. Klug, U. “Abschied von Kant und Hegel”. AA.VV. *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*. Fisher, Frankfurt am Mein. 1968.

éste en el cual sólo le es dado al hombre ejercer su libertad y alcanzar los más altos grados de autonomía política y moral.

## 1.2 EL LUGAR DEL DERECHO DENTRO DE SU FILOSOFÍA

Cuando Hegel desarrolla el tema de la Filosofía del Espíritu, se refiere al Espíritu subjetivo, al objetivo y al absoluto. Es precisamente el segundo el que comprende al Derecho, junto con la moralidad y la eticidad. En razón de la cuestión que pretende abordar esta tesis, trataremos el tema del Derecho con mayor profundidad, refiriéndonos sólo, tangencialmente, a la moralidad y eticidad. Para Hegel, el Derecho se funda en la idea de persona (ente racional, libre y dotado de voluntad).<sup>2</sup> El individuo, para Hegel, es el ser libre y la libertad es un atributo de la voluntad. La persona, de acuerdo con ello, es el centro del Derecho Abstracto; es capaz de autodeterminarse, precisamente, porque tiene voluntad.

Para el referido filósofo resulta indispensable la presencia del Estado de Derecho como garante y fundamento del desarrollo y consolidación de la libertad personal. Por ello, precisamente, enseña que el Estado es la síntesis de la voluntad colectiva u objetiva y de la voluntad individual o subjetiva; de ahí entonces que tanto el Derecho como la libertad individual sólo puedan realizarse dentro del Estado que, en todo caso preexiste al Derecho. Entiende por lo mismo, que el Estado es la institución pública más importante, transformándose en el lugar propio en el cual el hombre puede alcanzar su realización como ente político. No podemos dejar de mencionar que Hegel trata al Derecho y al Estado como lo que realmente son y no como lo que deberían ser; de ahí entonces, que vea en el Estado la realización máxima de la justicia.<sup>3</sup>

Resulta pertinente ahora plantearse la siguiente interrogante: ¿Cómo nace el Derecho Privado y cómo el Público (fundamentalmente en lo que dice relación con el Derecho Penal)? Tenemos claro que el Derecho es el sistema que permite el despliegue de la libertad externa en sí misma, pero no es sólo ésta la que puede ejercerse gracias al Derecho, sino también, podrá ser desarrollada la libertad adjetiva, que consiste en la capacidad que tiene el hombre para materializar su libertad en las cosas del mundo, especialmente, en lo que dice relación con la institución de la propiedad. De esta forma surge la explicación del nacimiento o fundación del Derecho Privado. Ahora bien, la libertad propiamente tal, que es capacidad de acción, requiere a su vez de una protección, coactiva incluso de ser necesario, y es el Estado quien encarga al Derecho dos cosas fundamentales: que permita la realización de la libertad externa y que, en caso de impedimento o transgresión, obligue su respeto coactivamente; así nace, entonces, el Derecho Penal, es decir, aquel sistema encargado de garantizar que, en caso de obstáculo para el ejercicio

---

<sup>2</sup> Analizando la misma situación Julián Marías plantea, al estudiar a Hegel, que “el derecho es la forma más elemental de las relaciones entre personas. Lo que no es persona es propiedad de la persona”. Cfr. Marías, J. *Historia de la Filosofía*. Revista de Occidente, Madrid. 1966, pp. 315- 316.

<sup>3</sup> Cfr. Parma. C. *El pensamiento de Günther Jakobs. El Derecho Penal del siglo XXI*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza. 2003, p. 41.

de la libertad, el Estado debe contar con los mecanismos adecuados para lograr restablecer el orden quebrantando.

De ahí, entonces, que Hegel también entienda que el Derecho, de alguna forma, es coacción (especie de “violencia legal”), puesto que debe contar con un medio para eliminar la violencia que se puede ejercer contra el ordenamiento jurídico. Si bien es cierto, que de acuerdo con lo expuesto hasta aquí, podemos entender que tanto el Derecho como el delito ejercen coacción, no es menos cierto que el fin de la fuerza, en ambos casos, es diametralmente opuesto. Ello, porque mientras lo perseguido por el delito es, precisamente, la vulneración del Derecho o voluntad general, éste, en cambio, intenta restablecer su vigencia mediante la coacción.

### 1.3 LA TEORÍA PENAL DE HEGEL

La teoría penal de Hegel resulta bastante particular en tanto sostiene que el Derecho Penal no protege bienes, sino exclusivamente restablece el orden jurídico y la confianza en el Derecho, cuando éste ha sido quebrantado ( a través del delito), mediante la aplicación de la pena, que debe ser entendida como restitución y confianza en que el Derecho funciona. Debe destacarse además el hecho de que para Hegel el fin de la pena es de carácter retributivo; sin embargo al sostener esto, Hegel no se refiere -como pudiera pensarse- al retribucionismo entendido exclusivamente como aplicación de la ley del Tali3n, ello en atenci3n a que la pena no es simplemente un mal de car3cter moral con el que se castiga otro mal (cuesti3n que abordaremos a continuaci3n).

Tanto la libertad como la voluntad ocupan un papel preponderante en la filosofa de Hegel; en efecto, entiende que en ejercicio de su libertad el delincuente puede cometer un ilc3ito, actuando por lo mismo de manera voluntaria. Ahora bien, esta voluntad del delincuente coarta la libertad del resto de los ciudadanos; dicho de otro modo niega la voluntad general. Es este el momento en que el Estado deber3 intervenir, por cuanto lo que debe preocuparle es la voluntad del delincuente en cuanto 3ste la exprese, es decir, en tanto realice un acto que vulnere el Derecho, esto porque al Estado no debe preocuparle la “perversi3n 3ntima” del sujeto, sino la materializaci3n de dicha perversi3n, mediante la perpetraci3n del delito o quebrantamiento de la norma penal.<sup>4</sup>

En definitiva Hegel lo que hace es aplicar su propia teor3a de la evoluci3n dial3ctica del Esp3ritu, en este caso al Derecho Penal. El Derecho es un sistema normativo abstracto que, sin embargo, cumple una funci3n real en el orden y la vida social de la comunidad. Esta 3ltima se ordena y supedita a la mera formalidad que implica la Idea. Esta progresa en la medida que

---

<sup>4</sup> Binding descubri3 que las normas penales enuncian posibles conductas y en este sentido, cuando el infractor comete un delito, justamente, confirma la norma. Cfr. Binding, K. *Die Normen und ihre 3bertretung*. Band I. Scientia Verlag Aalen, T3bingen. 1965.

contradice la etapa primera de la misma en la cual ésta aparece como una propuesta, es decir, como lo que se ha llamado una tesis; al mismo tiempo la tesis busca su complemento, que es, precisamente, lo contrario y, en el choque de la una y de la otra, se produce la integración y la solución, en tanto, los factores accidentales son desplazados, mientras los esenciales son integrados. De aquí surge la superación y el progreso del Espíritu.

Concretamente, en el Derecho Penal hay dos momentos relevantes y mutuamente relacionados (contradictoriamente): el delito y la pena. El delito se entiende como la manifestación expresa de la libre voluntad del delincuente, destinada a contravenir y quebrar el orden jurídico formal. Al delito el Derecho responde con la pena, que es, necesariamente, su antítesis, es decir, lo que se le opone. Pero, justamente, al oponérsele se integran y al integrarse se superan en la restitución del orden jurídico, de suerte que la pena no es sino el retorno al orden previamente quebrantado, y, por tanto, representa el momento de superación de la contradicción.

Esta idea, en realidad, se remonta a la filosofía jurídica de Kant, quien al tratar de la doctrina del Derecho en *La Metafísica de las Costumbres*, sostiene que “la resistencia que se opone a lo que obstaculiza un efecto fomenta ese efecto y concuerda con él. Ahora bien, todo lo contrario al derecho (*Unrecht*) es un obstáculo a la libertad según leyes universales: pero la coacción es un obstáculo o una resistencia a la libertad. Por tanto, si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir, contrario al derecho (*Unrecht*)), entonces la coacción que se le opone, en tanto que obstáculo frente a lo que obstaculiza la libertad, concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, es conforme al derecho (*Recht*): por consiguiente, al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola según el principio de contradicción”.<sup>5</sup>

¿Qué quiere decir todo esto? Un examen atento revela que, en el fondo, la idea que sostiene uno y otro pensador alemán es la misma. Kant dice que en la medida que se aplica la fuerza para limitar la libertad -lo que es contrario a Derecho- las leyes universales de la libertad, es decir, el Derecho, reaccionan contra la coacción ilegítima anulándola; y de esta anulación se sigue que se mantiene íntegra la capacidad de libertad que garantizan las leyes universales. ¿Qué otra cosa distinta dice Hegel? En el fondo, nada diferente. Ya Kant termina su discurso apelando a que este proceso es posible según el principio de la contradicción, y lo que está diciendo es que en el enfrentamiento de los contrarios, es decir -del delito y la pena- se produce la superación en el sentido formal, lo que visto jurídicamente viene a ser el restablecimiento del orden jurídico. Ahora bien, en uno y otro pensador este restablecimiento implica dos cosas esenciales: uso de la libertad y uso de la coacción en nombre de la propia libertad. Si el delincuente usa la coacción para restringir, lesionar o amagar la libertad de otro, el Estado queda autorizado para usar la misma

---

<sup>5</sup> Kant, I. *La Metafísica de las Costumbres*. Ed. Tecnos, Madrid. 1994, pp. 40-41.

libertad (ahora en nombre de todos) para neutralizar, mediante la fuerza, el uso antijurídico que ha hecho de su libertad el delincuente.

Como hemos insinuado más arriba, el pensamiento jurídico de Hegel encuentra, en parte, su inspiración y fundamento en la filosofía penal de Kant. Éste fue el primer pensador moderno que reactualizó enérgicamente -contra el pensamiento de Beccaria, que había alcanzado alguna notoriedad y difusión en su tiempo- que la respuesta al delito es y debe ser la pena, pero entendiendo la pena en un sentido moral. De ahí su carácter esencialmente retributivo. Hay un deber social de reparar el daño que el delincuente ha causado; y como el perjuicio es moralmente irreparable, el delincuente no puede sino responder con lo único que tiene: su persona. Es decir, el castigo será exactamente equivalente y proporcional a la cuantía del delito. Más aún, considera que desde el punto de vista moral hay dos cuestiones insoslayables: la primera, que no hay modo de evitar el castigo, porque si ello se hace se vulnera la justicia, y la segunda, que es obligación de la sociedad no dejar en la impunidad delito alguno, cualesquiera sean las consecuencias reales (prácticas) que de ello se sigan. Como se observa el retribucionismo kantiano es, en esencia, de carácter moral.<sup>6</sup>

Sin embargo Hegel, asumiendo el principio general de la retribución, no considera que éste tenga o deba tener un carácter esencialmente moral y en este sentido la retribución es secundaria. Lo primario es, en cambio, restablecer la vigencia de la norma y, por lo tanto, la validez y seguridad jurídica más allá de cualquier condición o razón de carácter moral. Es sólo por more al Derecho, y sólo al Derecho, que Hegel reclama la punición como condición necesaria para el restablecimiento de la norma.<sup>7</sup>

### 1.3.1 EL DELITO

Para Hegel el delito es el quebrantamiento del Derecho, lo que acontece cuando la violencia (antijurídica) es ejercida, por un sujeto determinado, en contra de la libertad de otro. De ahí entonces, que resulte perfectamente posible entender el delito como aquel hecho que lesiona la existencia de la libertad (máximo valor). Lo anterior se ve reflejado al plantear Hegel que “es el

<sup>6</sup> Para graficar lo señalado, recurriremos a un pasaje de *La Metafísica de las Costumbres* de Kant, donde sostiene: “Aun cuando se disolviera la sociedad la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido el castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia”. pp. 168-169.

<sup>7</sup> Resulta necesario hacer referencia a la distinción que realiza, entre otros, Alfredo Etcheverry, a la hora de analizar la teoría retribucionista. Etcheverry plantea que pueden distinguirse tres “tipos” de retribución, a saber: divina, moral y jurídica. La primera plantea que la violación de la ley humana es al mismo tiempo violación de la ley divina, de ahí entonces que la pena cumpla una función de expiación espiritual. La segunda entiende que sería un principio inherente a la naturaleza humana la retribución de mal con mal, es más habría en este caso una exigencia del imperativo categórico. Aquí podemos ubicar el planteamiento de Kant sobre la pena. Por último, la tercera entiende que quien comete un ilícito penal quiere también la pena o al menos la acepta, como la consecuencia señalada por la ley para el caso de cometerse un delito. Cfr. Etcheverry, A. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2004, p. 32.

delito, un juicio negativamente infinito en su sentido completo a través del cual no sólo se niega lo particular, la subsunción de una cosa en mi voluntad, sino también lo universal, lo infinito en el predicado de lo mío, es decir, la capacidad jurídica, sin la mediación de mi opinión, que constituye la esfera del derecho penal”.<sup>8</sup> Es decir, para Hegel la lesión del Derecho, siempre es algo concreto, en tanto el delito niega el derecho particular de cada cual. Junto con ello se lesiona el derecho universal, dado que éste consagra que todas las personas son libres y deben cumplir las mismas exigencias al momento de querer hacer valer su libertad. Aquí resulta oportuno hacer referencia a lo planteado por Bustos Ramírez, en cuanto enseña que los pilares fundamentales en el concepto que Hegel tiene del Derecho, no son otros que la libertad y la voluntad, de ahí entonces que el delito no sea más que la negación de ambos.<sup>9</sup>

Ahora bien, si entendemos, tal como debemos hacerlo, que el delito niega libertad y voluntad, la acción (u omisión) desplegada por el delincuente se dirige hacia dos cuestiones, a saber: la ley o el Derecho, y la cosa en concreto. De ahí que Hegel plantee que la acción lesiona doblemente, ya que produce una lesión abstracta (al Derecho), y una concreta (a la cosa). A pesar que lo anterior podría conducirnos a entender que el delito tiene una existencia positiva, ello no es así para el filósofo en comento, desde el momento que plantea que “la violación que afecta la voluntad existente en sí (y así tanto la del que la efectúa como la del que la padece y la de todos los demás) no tiene ninguna existencia positiva en sí como tal, y menos la voluntad en su mero producto. Esta voluntad existente en sí (el Derecho, la ley en sí), para sí es lo que no existe exteriormente y es por tanto lo invulnerable. La violación es, pues, para la voluntad particular del lesionado y de los demás, sólo lo negativo. La existencia positiva de la violación es como la voluntad particular del delincuente. La violación de ésta sólo como una voluntad existente es, por tanto, la eliminación del delito que de otro modo sería válido; es la restauración del derecho”.<sup>10</sup> En definitiva, para Hegel el delito (la injusticia) no existe, es sólo una apariencia; porque en realidad la justicia es lo positivo, de ahí que aquél no sea sino la negación de ésta. Por lo tanto, la justicia no hace otra cosa que anular en definitiva la injusticia producida por el delito.

### 1.3.2 LA PENA

Hegel señala, como hemos explicado, que la pena es negación de la negación (es decir, del delito) y entiende que, de ese modo, la pena no hace sino restablecer la vigencia del Derecho. Que lo que tiene lugar con la pena es la negación de la voluntad particular del delincuente, lo que trae consigo el restablecimiento de la voluntad general (la ley). Ello debido a que la voluntad especial niega la general, de ahí entonces que la única forma que nuevamente se exprese esta voluntad, sea a través del castigo penal. Dicho de otro modo, el Derecho es invencible en la medida que, como movimiento sustantivo del Espíritu, impone su fuerza al obstáculo levantado

<sup>8</sup> Hegel, G. *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*. Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires. 1987, pp. 124- 125.

<sup>9</sup> Cfr. Bustos, J. *Introducción al Derecho Penal*. Ed. Temis, Bogotá. 1994, p. 103.

<sup>10</sup> Hegel, G. *Fundamentos de la...*, p.126.

por el particular, esto es, el delincuente. Nada puede éste -voluntad particular y concreta- contra el Espíritu Absoluto, que en su marcha subsume a los sujetos individuales bajo el imperio universal de la Idea.

Resulta importante destacar que para Hegel si entendemos que la pena es simplemente un castigo, un mal con el que se castiga otro mal (delito), nos encontraríamos frente a la irracional secuencia de dos males. Al respecto expresa “si se considera el delito y su eliminación, a la que por lo demás se determina como castigo, simplemente como un perjuicio, aparecerá en efecto como algo irracional querer un perjuicio sólo porque ya existía un perjuicio anterior”.<sup>11</sup> Entonces, tal como ya se señaló y explicó, si bien el fin que le asigna a la pena es de carácter retributivo, no concibe a la teoría absoluta, como la aplicación irrestricta de la retribución talional.<sup>12</sup>

En atención a lo expuesto en el párrafo anterior, la interpretación que cabe darle a la frase “que el sentimiento universal de los pueblos e individuos respecto del delito es y ha sido que merece una pena y que el delincuente debe sufrir lo que ha hecho”, no sea sino que es, por un lado, la propia sociedad y, por otro, el propio derecho subjetivo de que es portador el autor del ilícito, quienes exigen castigar al delincuente. Todo ello para permitir que el Derecho vuelva a regir. Es más, según esta teoría, es la propia dignidad del delincuente la que exige el castigo penal, toda vez que es lo único que permite al delincuente volver a ser tratado como persona y, por ende, reintegrarse honradamente a la sociedad.<sup>13</sup>

Hasta ahora hemos señalado que imponerle una pena al delincuente, permite que éste sea honrado o devuelto a su dignidad en tanto ciudadano. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar los cuestionamientos de que ha sido objeto esta idea. Es así como Baumann señala que no resulta posible comprobar que, realmente, un delincuente que es descubierto sienta una especie de necesidad de ser castigado, entendiendo que ésta sería la única forma de honrarlo como ente racional, como sujeto con capacidad para comprender.<sup>14</sup> Con todo, habría que agregar que Baumann, en realidad, cambia de tema, puesto que plantea el problema desde una perspectiva empírica, mientras que el planteamiento de Hegel es siempre de carácter abstracto y filosófico. Es posible que un determinado individuo rechace la pena, sencillamente, porque nadie acepta de buena gana el sufrimiento en carne propia. Pero Hegel habla del delincuente en tanto delincuente, no del delincuente en tanto sujeto concreto, con nombre y apellido. Además, o por otro lado, no puede olvidarse que este filósofo entiende que tratándose del caso del delincuente éste tiene dos derechos, uno de carácter *objetivo* y otro de carácter *subjetivo*. El primero, dice relación con el

<sup>11</sup> Ibid., p. 127.

<sup>12</sup> Camilo Tale cree ver en la teoría de Hegel una doble dimensión: retribuye y previene (en sentido general) a la vez. Cfr. Tale, C. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Ediciones Alveroni, Córdova. 1995, p. 206.

<sup>13</sup> Lo planteado se ve corroborado por Julián Marías cuando sostiene, al analizar a Hegel que “quien tiene derecho a la pena es el penado. El delincuente tiene derecho a que se lo castigue, a que se lo coloque dentro del Derecho, tratándolo así como una persona”. Marías, J. *Historia de...*, p. 316.

<sup>14</sup> Cfr. Baumann, J. *Strafrecht im Umbruch*. Darmstad. 1997, pp. 22-23.

derecho que tiene no sólo el delincuente, sino cualquier persona, a que el Derecho como sistema funcione correctamente. El segundo, exclusivo del delincuente, es el que representa el derecho de este sujeto a ser castigado. ¿Cómo entendemos esto? El Derecho para Hegel, como sistema normativo producto del Espíritu Absoluto, es esencialmente *objetivo*. Sin embargo, el sujeto particular (o individuo, como prefiere llamarlo él) se enfrenta al Derecho desde su *subjetividad*. La subjetividad de un individuo honrado, concuerda con el Derecho objetivo y, de este modo, se asegura el cumplimiento de la norma en la inmensa mayoría de los ciudadanos. Pero, el individuo refractario al Derecho objetivo, no pierde su condición de sujeto racional poseedor de un derecho subjetivo. Precisamente, en la subjetividad reside la dignidad de la persona. Ahora bien, el delito que comete el delincuente, erosiona, por ese sólo hecho (no por razones morales), su dignidad personal, en tanto, no ha estado -con su comportamiento antijurídico- a la altura de lo que se espera de un ser racional. Y es esta misma racionalidad, vista desde la subjetividad, representada como Derecho, la que exige al delincuente reclamar al Derecho (objetivo), los mecanismos del castigo, aplicando, aunque sea sobre él mismo, la pena. De este modo, y sólo de este modo, el delincuente recobra su dignidad y se reintegra al sistema social, ahora, como un individuo más que actúa conforme a Derecho. En efecto, la acción penal determina única y exclusivamente el concepto y medida de la pena, mas no su modalidad; toda vez que para la fijación de la misma, deberán tenerse en cuenta ciertos elementos subjetivos, precisamente, aquellos que permiten considerar al delincuente en tanto sujeto individual.

Resulta pues, que la pena es una suerte de compensación al ser “violación” de la violación. De ahí, que si el delito tiene una extensión cuantitativa y cualitativa, la pena también deba tenerlas. Pero la identidad a la que nos estamos refiriendo, no significa, en modo alguno, igualdad específica, entendida ésta como hurto por hurto, robo por robo, ojo por ojo, etc., porque entonces, estaríamos frente a una verdadera irracionalidad. La igualdad a la que se alude, es aquella que dice relación con lo que se merece el delincuente en general, pero no con “la forma exterior específica del castigo. Sólo según este último aspecto el robo, el hurto, la multa y la pena de prisión, etc., son del todo diferentes; pero según su valor, su propiedad general de ser violaciones es lo comparable”.<sup>15</sup> Ahora bien, al momento de determinar la pena que en concreto habrá de aplicarse a un sujeto determinado, deberá acudirse no sólo a los patrones objetivos establecidos por la ley, sino también a los subjetivos que tienen que ver con los derechos que emanan de la intimidad del delincuente, entre los cuales el respeto a su dignidad continúa jugando un rol esencial.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Hegel, G. *Fundamentos de la...*, p.130.

<sup>16</sup> Resulta interesante mencionar que Hegel hace una distinción entre justicia punitiva y justicia vengadora. Entendiendo que para estar en presencia de la primera, será necesario que quien imponga el castigo sea el Estado, en cuanto éste, al no tener un interés directo involucrado, no pierde objetividad. Por el contrario, si quien aplica la pena es el afectado por el delito, éste al tener intereses involucrados, deja de ser objetivo, de ahí entonces, que en este caso estaríamos frente a una suerte de venganza. Cfr. *Ibid.*, pp. 130-131.

Para concluir, y a la luz de los antecedentes expuestos, conviene destacar lo siguiente: el Derecho es un orden normativo y objetivo, respaldado por la coacción. Este orden objetivo tiene su razón de ser en el orden de la subjetividad del individuo, en la que encontramos en primer lugar, su dignidad, la que sólo puede realizarse de manera plena en la institución del Estado. Pero para que esto pueda operar, hace falta que el Derecho, como conjunto positivo de normas, garantice el tránsito y su realización, ya que el Estado es el único lugar cívico en el que puede desplegarse completamente la ciudadanía y por lo tanto, la plenitud de la libertad. Poner en peligro la realización a que tiene derecho el ciudadano, constituye el delito. Al impedimento se debe responder con la coacción, que viene a ser la respuesta a la fuerza con la fuerza organizada, proporcional y legal del Derecho. De ahí que Hegel pueda decir: “lo único que importa -en el Derecho Penal- es que el delito debe ser eliminado no como el surgimiento de un mal, sino como lesión del Derecho como Derecho”.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Ibid., p.127.

## CAPÍTULO II

### LOS ARGUMENTOS IUSFILOSÓFICOS DE GÜNTHER JAKOBS PARA SOSTENER SU TEORÍA FUNCIONALISTA

En el mundo moderno, caracterizado por la irrupción de la racionalidad como fundamento y explicación de la ciencia, todo el ámbito de la cultura es revisado a la luz de la razón. Y, por tanto, también el Derecho. Surgen, en consecuencia, diversas corrientes iusfilosóficas que someten a severo examen y crítica las doctrinas imperantes acerca de la realidad jurídica. En las esferas del Derecho Penal especial relevancia adquieren las teorías de pensadores como Beccaria, Kant, Schopenhauer, Bentham y, entre otros, Hegel. Todos ellos se proponen renovar la ciencia jurídico-penal y dotarla de un sólido fundamento filosófico que haga justificable a la luz de la razón y de la moral, esta radical manifestación de la voluntad del Estado mediante la fuerza que se aplica sobre el transgresor de la ley.

Como ya se explicó en el capítulo I el pensamiento de Hegel, en esencia, implica concebir el Derecho como una estructura formal, independiente de valores morales y que encuentra su razón de ser en su propia estructura. Hegel representa una fuente perenne, a la cual, constantemente, está regresando el pensamiento jurídico alemán, tanto porque reconoce en el pensador de Stuttgart un precursor de la fundamentación moral y filosófica del Derecho Penal, como por la fuerza de la tradición y el peso de la historia que recoge y explicita su filosofía.

Así lo entiende, estrictamente hablando, el propio Jakobs. La teoría penal alemana contemporánea tiene sus fuentes en grandes penalistas, entre los cuales sobresalen Feuerbach, von Liszt, Binding y ya en pleno siglo XX, Welzel. Todos estos autores en diverso grado y con distintos matices acuñaron, lo que podríamos llamar la “teoría oficial” del pensamiento jurídico alemán, que sostiene que el Derecho Penal se justifica en la medida que esté llamado a proteger ciertos valores concretamente realizados en la vida social, esto es, *bienes jurídicos*, concepto al cual le dedicaremos un apartado especial.

#### 2.1 ¿POR QUÉ VOLVER A HEGEL?

Frente a la “teoría oficial”, asumida incluso por nuevas escuelas contemporáneas del pensamiento penal alemán, como la de Claus Roxin, Jakobs, desde una perspectiva, esencialmente, filosófica y sociológica, elabora una doctrina totalmente distinta que, sin contradecir en toda su extensión la teoría de los bienes jurídicos, viene sin embargo, a proponer una interpretación y explicación muy diferente de la naturaleza material y de la estructura formal del Derecho Penal.

Como demostraremos en su oportunidad, efectivamente, la “teoría oficial” no logra explicar siempre, con coherencia y fundamento racional, cómo funciona el Derecho en una considerable extensión de su magnitud donde, aparentemente, no están implicados bienes jurídicos. Particularmente débil resulta esta teoría para explicar ciertos tipos de delitos como son aquellos contra el medio ambiente, donde, como señala nuestro autor<sup>18</sup>, explicarlo de acuerdo a la teoría de los bienes jurídicos resulta, por lo menos, sumamente extraño.

Frente a estas explicaciones que Jakobs considera no convincentes, propone reinterpretar todo el Derecho Penal a la luz de las tesis hegelianas, sosteniendo que en materia penal, las ideas de Hegel permanecen insuperadas. Así lo plantea, por ejemplo<sup>19</sup>, cuando intenta establecer cómo determinar qué es lo realmente decisivo en el actuar jurídico.

¿En qué consistiría la diferencia fundamental entre el enfoque adoptado por Jakobs y la tradición penalística alemana? Para acercarnos a una explicación de fondo recurriremos, brevemente, a algunos conceptos filosóficos que despeñan un rol fundamental en la argumentación de Jakobs.

Comencemos distinguiendo entre *el objeto* y *la función* que éste cumple dentro en un sistema. En otros términos, debemos distinguir entre el aspecto ontológico que asume una teoría y los factores funcionales que los objetos o realidades ontológicas cumplen dentro de ella. El objeto o cosa se caracteriza por reposar en su propia identidad, es decir, en su propio ser, de modo que aún con prescindencia del sistema mantiene su realidad sustancial. En cambio, al asumir la idea de función nos comprometemos también con la idea de sistema. El sistema es esencialmente sistema, por la malla de relaciones que mantienen los objetos que cumplen una determinada función dentro de él. Así por ejemplo, en la teoría de los números podríamos adoptar dos puntos de vista: uno, que hace hincapié en el número como realidad ontológica independiente y autárquica y otro, que puede explicar el número como una relación entre elementos del conjunto numérico. Análogamente, en referencia al Derecho Penal, Jakobs dice que el Derecho como sistema lo que realmente hace es mantener una malla de relaciones entre los objetos jurídicamente valiosos, pero sin que sean los objetos los decisivamente importantes para la sustentación del sistema social, sino las funciones que éstos cumplen dentro del sistema social primero, y penal después. Si no se entiende esto, aparece totalmente absurdo lo que sostiene Jakobs, por ejemplo respecto del homicidio, cuando señala que “lo social en un homicidio no es la lesión de la carne de la víctima, o la destrucción de su conciencia, sino la afirmación contenida de modo concluyente y objetivada en el hecho punible de no asumir el deber de respetar el cuerpo y la conciencia de la víctima como

---

<sup>18</sup> Cfr. Jakobs, G. *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza. 2002, p. 64.

<sup>19</sup> Cfr. Jakobs, G. *¿Ciencia del Derecho: Técnica o Humanística?* Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2001, p. 20.

elementos de una persona, sino tratarlos como un entorno indiferente”.<sup>20</sup> Bien podríamos acusar a Jakobs de sustentar una teoría con escaso fundamento y rendimiento social, pero si se le hace justicia al sistema total de su pensamiento, entonces no se puede sino concluir que su concepción resulta consistente y plenamente justificable desde el punto de vista teórico.

La ventaja que ve Jakobs en el planteamiento jurídico de Hegel radica, en buena medida, en el marco conceptual, sólidamente construido como parte integrante de su teoría del Absoluto, que en su “marcha” histórica va integrando y subsumiendo dialécticamente las aparentes contradicciones que se dan en el mundo de la eticidad, mundo en el cual el Derecho ocupa el lugar más periférico en la medida que rige y ordena las relaciones contradictorias de los hombres. El Derecho, y en especial el penal, es desde este punto de vista una inconsistencia real y lógica insuperable ya que, por un lado pretende proteger *bienes jurídicos* -vida, propiedad, honor, etc.-, y, por otra, abiertamente irracional, procura restablecer la validez axiológica de estos bienes mediante castigos. Y ¿qué son los castigos, sino *males* que se aplican para repeler otros males? Al mal ocasionado por el delincuente el Derecho Penal “contesta” con otro mal. Pero, moralmente hablando, jamás se puede conseguir el bien por la suma de dos males: delito más castigo.

Esta insalvable contradicción -producto de la idea equivocada (error que incluso cometió Kant) que el Derecho Penal protege *bienes jurídicos*, esto sin olvidar que los *bienes jurídicos* son, en definitiva, una decantación social de bienes morales-, sólo puede ser superada sin incurrir en irracionalidad, mediante una teoría que ponga fuera de juego la idea de *bienes* (sean estos morales o jurídicos). Aquí hay que reemplazar simplemente un paradigma por otro. El paradigma ontologista de los bienes jurídicos, debe ser reemplazado por un paradigma que no se comprometa con entidades (bienes), sino que sólo asuma las funciones de un sistema, y en cuanto sistema, ponga fuera de juego la realidad óptica, para quedarse sólo con la forma de la forma. Y eso es lo que, precisamente, hace Hegel. A Jakobs le parece que éste es un modelo de explicación consistente y no comprometido ontológicamente y, por eso piensa que su propia filosofía penal, no tiene sino que reeditar el pensamiento de Hegel, corregirlo donde sea necesario, fortificarlo y ponerlo nuevamente en circulación.<sup>21</sup>

## 2.2 ¿Y POR QUÉ INVOCAR A NIKLAS LUHMANN?

La teoría de la vigencia de la norma, que adopta Jakobs al momento de explicar la misión del Derecho Penal, tiene un doble fundamento teórico que reconoce fuentes en Hegel, por un lado y en Luhmann, por otro. En efecto, el fundamento está en el funcionalismo de la teoría sociológica de Niklas Luhmann. Teoría que será explicada en sus rasgos fundamentales en este apartado.

<sup>20</sup>Jakobs, G. *¿Qué protege el Derecho Penal...*, p. 57.

<sup>21</sup> Cfr. Cofré, J.O. “Sobre la legitimación racional de la pena” *Estudios de Deusto. Derecho*. Vol. 48, julio-diciembre. 2000.

Al estudiar a Luhmann lo primero que constatamos es su “rechazo” a la forma en que la sociología tradicional concibe la sociedad. Para este jurista y sociólogo, el que aún hoy la sociología se aferre a un concepto humanístico de la sociedad (es decir, donde el hombre es considerado un elemento esencial), resulta, prácticamente, insostenible. Es decir, si bien reconoce que aquélla es la idea que prevalece, le parece que no resulta adecuada para conceptualizar correctamente a la sociedad. Lo anterior, porque aclara que “no todo lo que se puede observar en el hombre (admitiendo que se pueda observar algo) pertenece a la sociedad. La sociedad no pesa lo mismo que el total de hombres y no cambia su peso por cada uno que nazca o por cada uno que muera”.<sup>22</sup>

En el concepto de sociedad de Luhmann no se incluye ni al hombre ni al territorio. Cabe preguntarse ¿por qué excluye estos conceptos? Porque si bien reconoce que la idea de sociedad actualmente dominante puede representarse a través de tres formas que se relacionan y sostienen recíprocamente<sup>23</sup>, lo que buscan sus investigaciones “es dar paso a un concepto de sociedad radicalmente antihumanístico y radicalmente antirregionalístico. Naturalmente que no se niegan que hayan hombres y no ignoran tampoco las grandes diferencias que marcan las condiciones de vida de cada región del globo terrestre”.<sup>24</sup> En definitiva, si bien no niega, obviamente, la existencia de hombres en una sociedad, como tampoco el que existen distintas regiones, rechaza que el concepto de sociedad pueda deducirse a partir de estos elementos. Para Luhmann la sociedad está compuesta de comunicaciones y no de seres humanos. Evidentemente, la sociedad supone a los seres humanos, pero éstos son sólo el entorno de la sociedad y no componentes de ella. Por lo tanto, la relación que establece entre hombre y sociedad es la misma que se da entre un sistema y su entorno.<sup>25</sup>

Una vez hechas estas precisiones podemos centrarnos en la teoría de los sistemas sociales. Luhmann pretende que su teoría tenga un alcance general y que permita comprender el funcionamiento de la sociedad y de los distintos subsistemas que existen. Para este jurista y sociólogo alemán “la teoría de los sistemas rompe con el punto de partida y, por tanto, no deja lugar para el concepto de sujeto. Lo sustituye por el concepto de sistema autorreferente. La teoría de sistemas puede formular, entonces, que cualquier unidad utilizada en este sistema (sea la unidad de un elemento, de un proceso o de un sistema) tiene que constituirse a través del propio

---

<sup>22</sup> Luhmann, N y De Georgi, R. *Teoría de la Sociedad*. UIA -U de G- ITESO, México D.F. 1993, p 32.

<sup>23</sup> Estas tres formas son las siguientes: 1º que una sociedad está constituida por hombres concretos y por las relaciones entre éstos. 2º que las sociedades son unidades regionales, territorialmente delimitadas, por lo cual Brasil es una sociedad distinta de Tailandia y 3º que las sociedades, por tanto, pueden ser observadas desde el exterior como grupos de hombres o como territorios. *Ibid.*, pp. 31-32.

<sup>24</sup> *Ibid.*, pp. 33-34.

<sup>25</sup> “Un sistema es una forma con propiedades que le distinguen como unidad de una diferencia; una forma que consiste en la distinción de algo (sistema) respecto del resto (entorno)” Arriaga, E. *La Teoría de Niklas Luhmann*. Convergencia N° 32, mayo-agosto 2003, ISSN 1405-1435, UAEM, México. Anuarios L/L, edición especial, Instituto de Literatura y Lingüística, Cuba. 2003, p.

sistema y no a través de su entorno”.<sup>26</sup> Luhmann parte por dejar de lado el concepto clásico de sistema, que entendía por tal un conjunto de elementos que se relacionaban entre sí y que se encontraban separados de un entorno determinado, adoptando el concepto de sistema autorreferente y autopoietico. Luhmann acoge en este punto las ideas planteadas por los biólogos moleculares chilenos Humberto Maturana y Francisco Javier Varela al elaborar la Teoría de la *Autopoiesis*. Según esta teoría un sistema es autopoietico en la medida que es capaz de crear y regenerar su propia estructura y los elementos de que se compone. En relación con el concepto de autorreferencia debe entenderse por tal, aquel sistema que incluye en sí mismo el concepto de entorno.

La sociedad es, para Luhmann, un sistema autorreferente y autopoietico. Sistema que está compuesto de comunicaciones. De ahí que para este sociólogo la sociedad es, básicamente, comunicación. Su entorno está constituido por las conciencias de los hombres. Es decir, la sociedad está formada por comunicaciones, entendidas éstas como intercambio de códigos que permiten la puesta en operación del contacto entre conciencias individuales (hombres). “La sociedad, - dice Izuzquiza- compuesta de comunicaciones se diferencia internamente, según su grado de evolución y desarrollo, en diferentes subsistemas sociales. Cada uno de estos subsistemas sociales es (...) un sistema autorreferente y autopoietico y tiene a los demás subsistemas como su entorno, manteniendo su clausura y su propia independencia. Asimismo, cada uno de estos sistemas sociales especializa el ámbito de sus comunicaciones y de sus selecciones, de modo que resuelve, cada uno de ellos, un determinado segmento de complejidad, contribuyendo a que la sociedad pueda resolver los problemas que se le enfrentan”.<sup>27</sup> En la medida que la sociedad evoluciona se van originando distintos subsistemas, tales como el Derecho, la política, la educación, la economía, etc. Y, en definitiva, estos subsistemas representan los distintos ámbitos de comunicación.

La función del Derecho para Luhmann está dada por la estabilización de las expectativas de comportamiento, con lo cual las normas jurídicas serán expectativas de comportamiento contrafacticamente estabilizadas. ¿Qué se quiere decir con esto? Que la norma jurídica contiene el rol que cada ciudadano deberá desempeñar para actuar conforme a Derecho, y que en la medida que la persona se aparte del rol que le es propio, estará actuando contra el orden establecido. Ahora bien, como se requiere que la sociedad funcione adecuadamente, es necesario que exista un mecanismo que permita restablecer el orden perdido, es decir, que demuestre que la norma, a pesar de todo, sigue vigente.

De acuerdo con lo señalado, “persona” es el sujeto a quien se le asigna un rol, precisamente, el de un ciudadano respetuoso del Derecho. Es por esto, que la persona no puede

---

<sup>26</sup> Luhmann, N. *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*. Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona. 1990, p. 77.

<sup>27</sup> Ibid., “Introducción” de Ignacio Izuzquiza, p. 28.

actuar según su propio proyecto, según aquello que internamente juzgue como correcto o incorrecto o, como dice Jakobs, “conforme a un esquema de satisfacción/insatisfacción, y que en ese contexto posiblemente también obedezcan al palo de un señor”<sup>28</sup>, sino que deberá actuar siguiendo aquel esquema, donde por un lado encontramos el deber (actuar conforme al rol) y por el otro, el espacio de libertad necesario para plenificarse, cuestión que resulta de vital importancia en un Estado de Derecho.

Pero ¿por qué resulta fundamental el rol en la sociedad? Si partimos de la base que cada día la sociedad es más compleja -lo que, en definitiva, dificulta las relaciones (comunicaciones)-, entenderemos que frente a la multiplicidad de variables a las que diariamente se puede ver expuesta la persona, no resulta coherente exigirle que se ponga en todas las situaciones posibles; dicho de otro modo, que tome en cuenta todas y cada una de las variables que un determinado caso puede presentar. Por lo tanto, el rol permite determinar qué conductas serán consideradas como socialmente adecuadas y cuáles no, es decir, fija lo que se puede esperar (expectativa) en cada caso.

Ya se ha señalado que el rol está determinado en la norma jurídica. La importancia de esto radica en la existencia de “la garantía de que la expectativa del funcionamiento de la vida social, en su configuración establecida y exigida legalmente, no admite condicionamiento. Lo importante en el pensamiento funcionalista sistémico no son los bienes jurídicos, sino el sistema y por ello lo trascendente no es el *bien jurídico*, sino la desconsideración con el sistema, la falta de respeto: las personas no importan, lo que importa es el sistema”.<sup>29</sup> (En el siguiente capítulo podrá apreciarse cómo Jakobs sigue, claramente, esta corriente al momento de explicar la misión del Derecho Penal).

En definitiva, la importancia del rol, siempre que se encuentre perfectamente determinado y definido, radica en permitir que los ciudadanos puedan predecir la conducta de otros y, por ende, puedan determinar cómo actuarán ellos en relación con el resto. De esta forma tenemos que cada sujeto “aporta” un rol, lo que se traduce en una expectativa, de lo que los demás esperan de él, por lo tanto, cada portador de un rol tiene el deber de cumplir con su papel, y por lo mismo, responderá por la frustración que se produzca por la violación de la norma o, lo que es lo mismo, por el delito.

Resulta consecuente -pues-, con lo hasta aquí expuesto que la pena sea entendida como el medio con que cuenta la sociedad para restablecer la vigencia de la norma que ha sido violada a través del quebrantamiento del rol. Por tanto, la pena surge a partir de la necesidad de garantizar

<sup>28</sup> Jakobs, G. *Sobre la Teoría de la Pena*. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 1998, p. 16.

<sup>29</sup> Caramuti, C. “Ciencias Penales Contemporáneas”. *Revista de Derecho Penal*, N° 1, año I. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza. 2000, p.64.

las expectativas normativas de la sociedad, es decir, para permitir que cada ciudadano pueda confiar en que los otros, al igual que él, observarán las pautas precisadas normativamente.

En resumen la *teoría de los sistemas* de Luhmann busca establecer los mecanismos para que por un lado, los procesos de comunicación que deben darse al interior de una sociedad, para su correcto funcionamiento y desarrollo, puedan efectuarse de manera adecuada y, por el otro, para que en aquellos casos en que la comunicación falle, el responsable sea sancionado, con el objeto de permitir que el sistema vuelva a funcionar en perfectas condiciones.

## CAPÍTULO III

### LA PROPUESTA DE GÜNTHER JAKOBS.

Desde los inicios de los años setenta penetra en la dogmática jurídico-penal una nueva tendencia, denominada funcionalista o final-racional. Tendencia que se encuentra caracterizada por una clara orientación en la sistematización de los diversos conceptos y principios del Derecho Penal hacia criterios de política criminal, derivados de los fines que se le asignan a la pena, en especial, el de la prevención general. Los exponentes de esta teoría comienzan por rechazar el concepto ontológico de acción, punto de partida del sistema finalista. Planteando a continuación que un sistema jurídico penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas, como la acción y la causalidad, sino que, por el contrario, debe guiarse por las finalidades del Derecho Penal. Se trata por lo tanto, de teorías de la imputación estrictamente normativas. Claramente, encontraremos distintas corrientes dentro de esta concepción funcionalista. Dado que en este capítulo se abordará la teoría de Günther Jakobs (corriente que suele ser designada como radical), y con el fin de no extender en demasía esta introducción, es que, únicamente, a objeto de contrastar esta teoría, aludiremos a la propuesta de Claus Roxin. Resulta importante aclarar que si bien ambos penalistas adhieren a la teoría funcional, en la doctrina penal suele reservarse este término únicamente para referirse a la teoría de Jakobs. La de Roxin en cambio, suele ser denominada como “sistema teleológico y político criminal”. ¿Dónde estriba la principal diferencia entre ambas teorías? En que mientras la propuesta de Roxin intenta conjugar el desenvolvimiento dogmático de la teoría del delito con la política criminal, la de Jakobs deja de lado elementos esenciales de política criminal: la prevención especial y la garantía de los derechos del acusado. De ahí entonces, que Roxin, en su teoría penal, no sólo se centre en los fines de la pena, sino que también atienda a los fines del Derecho Penal.

Roxin plantea que “el injusto penal está sistemática y dogmáticamente condicionado por dos elementos antagónicos del Estado de Derecho: por un lado, la protección del individuo y la sociedad; por otro, la garantía de la libertad de los ciudadanos frente a reacciones desproporcionadas por parte del Estado. Por tanto, la prevención general y la limitación de la pena dominan el injusto como categoría sistemática. Los aspectos preventivos especiales hacen su aparición en la siguiente fase de la elaboración del delito, en la que se trata de la responsabilidad del autor. Ellas no pueden desempeñar ningún papel en el ámbito del injusto, porque aquí se trata de delimitar el comportamiento penalmente prohibido del permitido, sin tener en consideración al autor individual”.<sup>30</sup> Queda de esta forma claramente demostrada la importancia que Roxin asigna a la política criminal en la teoría del delito. Es más, plantea que debe terminarse con la tajante separación, formulada por Von Liszt, entre Derecho Penal y política criminal. Y esto, porque en la

---

<sup>30</sup> Roxin, C. *La Evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal y el Proceso Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2000, pp. 44-45.

medida que la dogmática se crea desde sí misma, las soluciones que plantee pueden ser totalmente coherentes, desde la lógica interna que la guía, pero absolutamente desacertadas desde el punto de vista político criminal; lo mismo puede ocurrir con las soluciones dadas desde la política criminal.<sup>31</sup> De ahí entonces, que la única forma de lograr soluciones correctas tanto desde el punto de vista dogmático, cuanto del político criminal, sea permitir la existencia de un sistema de Derecho Penal abierto, es decir, susceptible de recibir e incorporar los planteamientos surgidos desde la política criminal.

Tal como señala Roxin “Jakobs comparte conmigo el rechazo del punto de partida ontológico del finalismo y sostiene al igual que yo una elaboración normativa de las categorías dogmáticas como tarea del Derecho Penal. Pero dado que él sólo limita esa tarea a la estabilización del sistema, por tanto, a la imputación según exigencias preventivas generales, en su construcción están ausentes elementos esenciales de la política criminal que son centrales en mi concepción: la prevención especial y la garantía de los derechos del acusado no se contemplan en su punto de partida teórico-sistémico”.<sup>32</sup> Es decir, Jakobs, al igual que Roxin, plantea una teoría de la imputación exclusivamente normativa. Sin embargo, no considera, a la hora de elaborar su teoría, componentes fundamentales de política criminal, sino, como veremos, fundamentos de partida filosóficos y sociológicos.

¿Cuál es el planteamiento de Günther Jakobs? Jakobs, al igual que otros penalistas partidarios de la tesis funcionalista, critica a la dogmática tradicional la pérdida de contacto con la realidad, pérdida que se debería a la utilización de metodologías que se fundamentan en presupuestos naturalísticos, normativistas u ontológicos. Cabe preguntarse por qué para Jakobs resulta tan importante la sociedad y, por ende, la realidad. La respuesta la encontramos al comprobar que, la teoría penal de Jakobs, parte de los presupuestos dados por Niklas Luhmann en su *teoría de los sistemas*; tal como ha quedado demostrado en el capítulo anterior. Con esta concepción como punto de partida, entiende a la sociedad como un complejo organismo armónico, donde cada uno de los miembros que la integra desarrolla una función específica (rol) que permite la coherencia del sistema y contribuye, al mismo tiempo, al desarrollo dinámico de aquélla, logrando así que mantenga su estructura básica. En este contexto, al Estado sólo le está permitido castigar aquellas conductas que produzcan cierta lesividad social, de forma tal que el Derecho Penal tiene encomendada como tarea dirigir su actividad en orden al establecimiento y protección de las condiciones necesarias que posibilitan el mantenimiento de la vida en comunidad.

---

<sup>31</sup> Cfr. Borja Jiménez, E. “Algunos Planteamientos Dogmáticos en la Teoría Jurídica del Delito en Alemania, Italia y España”. Nuevo Foro Penal. *Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia*. N° 62. 1999, p. 11.

<sup>32</sup> Roxin, C. *La Evolución de la Política...*, p.52.

En definitiva, Jakobs utiliza el siguiente esquema: el delito viola la confianza en la norma y la pena restablece la confianza perdida. Así, el concepto de delito se torna, rigurosamente, normativo. Donde nuestro autor encontrará mayores objeciones, y, por lo mismo, será arduamente cuestionado, es en lo que dice relación, por un lado, con el tema de la culpabilidad y, por el otro, con la función que le asigna al Derecho Penal. En relación con lo primero, por que sostiene que la culpabilidad está fundamentada, únicamente, en atención a las necesidades derivadas de la pena en su función mediata de prevención general (tema que será abordado en este capítulo relativo a la pena). Y, en relación con lo segundo, al cuestionar la teoría del bien jurídico protegido, ya que para él, lo protegido por Derecho Penal es la vigencia de la norma. Niega, por lo mismo, que aquél forme un muro alrededor de los bienes jurídicos protegidos por una sociedad.

### 3.1 EL ROL DEL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA.

Respecto a la función que cabe asignarle al Derecho Penal, mucho se ha escrito desde que Feuerbach lo vinculara con la protección de los derechos subjetivos del ciudadano. Sin embargo, tal como observó Birnbaum, si este derecho subjetivo no se concretaba en algo material, en un “bien”, la vinculación hecha por Feuerbach perdía consistencia. De ahí entonces, que para Birnbaum<sup>33</sup>, el concepto de *bien jurídico* cobre vital importancia dentro del ámbito penal. Desde entonces, claramente, este concepto se ha ido desarrollando, centrándose siempre, eso sí, en dos cuestiones fundamentales: a) qué tipo de bienes deben ser protegidos y b) la forma en que deberá dispensarse dicha protección. Conforme a ello la misión del Derecho Penal sería la de proteger determinados *bienes jurídicos*. Sin embargo, “hoy la capacidad y utilidad de la teoría del bien jurídico está siendo cuestionada por los penalistas que colocan en la base de sus propuestas al funcionalismo en su expresión más extrema: la teoría funcionalista sistémica de Luhmann”.<sup>34</sup> Para estos penalistas la función del Derecho Penal es, simplemente, asegurar la vigencia de la norma y con ello, defender el sistema social.

Precisamente, la tesis de Jakobs en cuanto al rol que debe asignársele al Derecho Penal, tiene su fundamento explicativo en el rechazo a la extendida y generalmente aceptada teoría del *bien jurídico* protegido. De hecho plantea que lo protegido es la *vigencia de la norma* y no un determinado bien que la sociedad considere digno de protección jurídica. Ahora bien, para entender este planteamiento conviene detenerse, brevemente, en la teoría del *bien jurídico* protegido.

Tenemos claro que, para esta teoría, la misión del Derecho Penal es la protección de *bienes jurídicos*. Pero ¿cuál es el contenido de esta “declaración”? Es decir, qué debemos entender por *bien*, qué por *bien jurídico* y, finalmente, en qué casos estos *bienes* son dignos de protección

<sup>33</sup> El concepto de bien jurídico protegido fue planteado por primera vez, en la mitad del siglo XIX, por Birnbaum. Esto, desde el punto de vista iusnaturalista; porque, desde la política criminal, es sustentado por Von Liszt.

<sup>34</sup> Hormazábal, H. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Ed. Jurídica Conosur, Santiago. 1992, p. 7.

penal. Sin lugar a dudas existen muchos conceptos de bien, pero, para nuestro propósito, podemos señalar que se trata, simplemente, de una situación o hecho valorado positivamente. Este bien se transformará en jurídico, en la medida que goce de protección jurídica. Entonces ¿debemos concluir que no todo *bien jurídico* será digno de protección penal? La respuesta dependerá del autor al que sigamos en esta materia. Así por ejemplo, de seguir a Roxin, no podemos sino concluir que esa es la respuesta correcta. Toda vez que no puede perderse de vista el carácter subsidiario o fragmentario del Derecho Penal; de ahí pues, que sólo en los casos en que el resto del ordenamiento jurídico no sea capaz de ofrecer una solución, deberá intervenir el Derecho Penal.<sup>35</sup> Sin embargo, si seguimos a Hernán Hormazábal, la conclusión parece ser diametralmente opuesta. Hormazábal sostiene que “sólo de una sociedad democrática puede surgir el bien jurídico. En ella se definirán primeramente los objetos a proteger por el ordenamiento jurídico y de estos objetos, conforme al carácter residual y fragmentario del derecho penal, los bienes jurídicos. En otras palabras, sólo tendrán el carácter de bienes jurídicos aquellos objetos que teniendo su origen en una sociedad democrática tengan protección penal”.<sup>36</sup> Por lo tanto, para este autor estaremos frente a un *bien jurídico*, sólo en la medida que aquél goce de protección penal, porque así lo exige el “querer” social. Sin embargo, aclara que aquellos objetos que encuentran protección en las demás ramas del ordenamiento jurídico, “si bien son diferentes entre sí en tanto que objeto de protección, son o pueden ser, sin embargo, homologables con el bien jurídico”.<sup>37</sup> De ahí entonces, que podamos considerar los demás objetos relevantes como “bienes jurídicos”, en tanto objetos que deben ser protegidos, sin hacer referencia a la rama del Derecho que debe prestar el amparo.

Finalmente, y para continuar con la idea de clarificar qué debe entenderse por *bien jurídico*, conviene recordar la definición dada por Von Liszt, quien señala que “bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico”.<sup>38</sup> En suma, el esquema del surgimiento del *bien jurídico* es el siguiente: en la sociedad existen determinados valores -entidades buenas en sí mismas- que, sin embargo, son meras abstracciones y como tales no sirven para la acción; y sabemos que lo que interesa al Derecho Penal son las acciones (u omisiones). Luego los valores se concretan en juicios de valor, es decir, en apreciaciones “ético-sociales”. Es pues, el juicio social (valor de la acción) respecto de los *bienes jurídicos*, el que determina lo que se debe proteger concretamente. Esa es la razón por qué los códigos recogen los distintos *bienes jurídicos* que va determinando y consolidando el desarrollo social.

---

<sup>35</sup> Cfr. Roxin, C. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Ed. Civitas, Madrid. 1997, pp. 65-66.

<sup>36</sup> Hormazábal, H. *Bien Jurídico y Estado...*, p. 143.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>38</sup> Von Liszt, F. *Tratado de Derecho Penal*. Reus, Madrid. 1988, p. 2.

Hasta el momento hemos explicado, *grosso modo*, qué debe entenderse por bien jurídico. A continuación deberíamos tratar el merecimiento de protección penal de estos bienes. Sin embargo, creemos conveniente primero hacer mención a una cuestión que suele dejarse de lado a la hora de tratar el tema del *bien jurídico*, cual es la de recordar que éste, en la medida que es un producto social (dado que es la propia sociedad quien “crea” sus bienes), es un producto histórico. Por lo mismo, al analizar los *bienes jurídicos* protegidos por una determinada sociedad, no podemos hacerlo en abstracto, sino que debemos tener en cuenta el momento en que esa sociedad consideró necesaria dicha protección. De lo anterior, se deriva el hecho que al momento de examinar las normas penales que rigen en una determinada sociedad, debemos conocer la época en que ellas fueron dictadas; sólo de esa forma comprenderemos por qué una determinada conducta se encuentra jurídicamente penada.<sup>39</sup>

¿Cuándo debe, pues, intervenir el Derecho Penal? De alguna forma la respuesta ha quedado enunciada más arriba, cuando señalamos que el Derecho Penal sólo debe intervenir en aquellos casos en que no resulte suficiente o adecuada la solución dada por las demás ramas del ordenamiento jurídico y en la medida que las normas éticas no resistan la presión de la conducta transgresora. Conviene, de todos modos, hacer algunas precisiones. El legislador a la hora de dictar las normas penales debe recoger los requerimientos de la sociedad en que actúa, desde el momento que la norma penal sanciona una conducta que lesiona un *bien jurídico* en particular, bien que es considerado por la sociedad como digno de protección penal. En definitiva, tal como señala Hormazábal<sup>40</sup> a la hora de determinar que un objeto (*bien jurídico*) debe contar con la protección del Derecho Penal, deberá considerarse que, efectivamente, dicha protección se relacione con la satisfacción de una necesidad humana. Es por lo mismo, que el concepto de necesidad humana se torna esencial, a la hora de establecer si una determinado *bien jurídico* merece o no protección penal. “El concepto de necesidad asociado al derecho penal, restringirá el concepto de protección a las condiciones de satisfacción de las necesidades. De este modo, las relaciones sociales concretas protegidas por el derecho penal habrían de ser aquellas que están en función del desarrollo de dichas necesidades. El derecho penal cumpliría esta tarea en un doble sentido. En un sentido positivo protegiendo mediante prohibiciones o mandatos aquellas relaciones sociales concretas que inciden directamente en la satisfacción de necesidades. En un sentido negativo, no prohibiendo conductas cuyo objetivo sea la satisfacción de necesidades en el marco legal de un Estado social y democrático de derecho”.<sup>41</sup> En resumen, lo que se plantea es que el Derecho Penal sólo debe hacerse cargo de los ataques más graves a los *bienes jurídicos* considerados como especialmente relevantes para la convivencia social.

---

<sup>39</sup> Sólo así podremos entender por qué, por ejemplo, el adulterio de estar penado ha pasado a constituir una conducta no sancionada ni civil ni penalmente.

<sup>40</sup> Cfr. Hormazábal, H. *Bien Jurídico y Estado...*, p. 161.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 162.

Ahora, una teoría del *bien jurídico* que sea capaz de identificar e indicar qué y por qué se protege, es decir, el por qué de la punición, permitirá una revisión crítica no sólo de la norma penal, sino de todo el ordenamiento penal. Posibilitará, entonces, tanto la despenalización de aquellas conductas que han perdido vigencia social, cuanto la penalización de otras, que surgen como nuevas formas de criminalidad.<sup>42</sup>

No podemos dejar de mencionar que se plantea, a este respecto, por los partidarios de esta teoría, que en la medida que concibamos al Derecho Penal como un sistema de exclusiva protección de *bienes jurídicos*, estaremos instaurando un límite al *ius puniendi* del Estado, porque quedará claramente señalado cómo debe estar configurada una conducta para que el Estado esté legitimado a penarla. En definitiva, el *bien jurídico* nos garantiza conocer qué se está protegiendo con el sistema jurídico y con cada precepto en particular. Lo que resulta de vital importancia tratándose de normas penales, porque sólo de esta forma se estará dando cumplimiento al principio *nullum crimen nulla poena, sine lege scripta, stricta e previa*, esencialmente, en lo que dice relación con que, realmente, la conducta que pretende ser penada, estaba prohibida por el ordenamiento penal con antelación a la perpetración del ilícito penal.

Una vez planteada la teoría del *bien jurídico* y antes de entrar en la de Jakobs, que es la que verdaderamente importa para efectos de esta investigación, nos referiremos, tangencialmente, a la postura de Hans Welzel.

¿Por qué analizar la postura de Welzel? Resulta interesante hacerlo, ya que es el propio Jakobs quien reconoce a Welzel como su maestro<sup>43</sup>, por lo mismo, parece conveniente -aunque sea con brevedad- referirse a ella antes de abordar la de Jakobs, con el único objeto de poder ver si existen diferencias o relaciones entre una y otra, y de haberlas, si ellas son o no sustanciales.

Podemos resumir la postura de Welzel, en lo que al rol del Derecho Penal se refiere, en la siguiente frase: “la misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares”.<sup>44</sup> Es decir, para Welzel la misión central del Derecho Penal es la protección de los elementales valores de acción ético-sociales (que en definitiva, no son otra cosa que los valores de acto de la conciencia jurídica), con esto se logra al mismo tiempo la protección de los *bienes jurídicos* a los que se refieren aquellos valores de conciencia o sentido. Tenemos entonces que la fidelidad al Estado es el valor, en tanto que el bien es el Estado; en la honradez, ella es el valor y el bien protegido la propiedad; el respeto a la personalidad se refiere a los bienes: vida, salud y honor. Con esto queda claro que el cometido primordial del Derecho Penal, para Welzel, no

<sup>42</sup> Ibid., p. 10.

<sup>43</sup> Es precisamente Welzel quien dirigió la tesis doctoral de Jakobs, leída en 1971 y titulada “Estudios sobre el delito imprudente de resultado”.

<sup>44</sup> Welzel, H. *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1997, p.5.

radica, esencialmente, en la protección de bienes jurídicos, sino sólo en la medida que se protejan los valores de acto. ¿Cómo cumple con su función el Derecho Penal? Fundamentalmente, a través de la conminación penal de las acciones dirigidas a la lesión de *bienes jurídicos*. Y, de producirse la lesión, mediante el castigo penal. Con esto logra asegurar la vigencia de los valores de acto; de hecho sostiene Welzel que “sólo así obtiene una protección realmente eficaz y permanente de los bienes, y restringida, además, a las formas de agresión reprobables desde un punto de vista ético-social”.<sup>45</sup> La lesión a un deber ético-social será más grave, cuanto más bajo sea el nivel ético-social del valor de dicho deber. Así, por ejemplo tratándose de la vida, “aun cuando el respeto a la vida ajena se sobreentiende desde un punto de vista ético-social, su lesión, empero, el asesinato u homicidio, constituye uno de los delitos más graves”.<sup>46</sup>

Como puede apreciarse, Welzel no niega la vigencia del *bien jurídico*; sin embargo, la protección de éste se encuentra mediatizada por la protección de los valores fundamentales de la conciencia jurídica. Por lo mismo, sostiene que “la misión primaria del Derecho Penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de su propiedad, etc., pues, cuando entra efectivamente en acción, por lo general, ya es demasiado tarde”.<sup>47</sup> Debe agregarse que, en atención a lo anterior, entiende que hay delitos en los que el *bien jurídico* no está presente, pero ello, no lo lleva a desconocer que la mayor parte de las normas penales protegen, efectivamente, *bienes jurídicos* en la medida que responden a valores de acción.

Como se ve la adhesión de Welzel a la teoría del *bien jurídico* no es absoluta, puesto que cree que no necesariamente una norma penal debe proteger un *bien jurídico*. Finalmente, y tal como plantea Hormazábal<sup>48</sup>, esta postura es homologable a la que sostiene Mayer, en el sentido de que la vigencia práctica de la norma es, en sí misma, un bien jurídico. Aquí encontramos algún parecido con la posición de Jakobs, porque si bien para él la función del Derecho Penal es proteger la vigencia de la norma, no niega, rotundamente, la existencia de *bienes jurídicos*, es más, para él el *bien jurídico* no es otro que la validez del contenido de la norma jurídica, la vinculatoriedad práctica de la misma.

Tal como señalamos en el párrafo anterior y al iniciar este apartado, Jakobs, si bien reconoce que la doctrina dominante sostiene que el Derecho Penal sirve a la protección de *bienes jurídicos*, no adhiere a ella, pues entiende que no permite explicar, en toda su extensión, el ámbito de acción del Derecho Penal. Es decir, la teoría del *bien jurídico* abarca, únicamente, un sector parcial del Derecho Penal, precisamente, aquel en que aparecen bienes; sin embargo, esto en caso alguno puede conducirnos a afirmar que todo el Derecho Penal diga relación con la protección de bienes. No podemos entender que la sociedad esté compuesta, únicamente, por sujetos poseedores

<sup>45</sup> Ibid., p.5.

<sup>46</sup> Ibid., p.6.

<sup>47</sup> Ibid., p. 3.

<sup>48</sup> Cfr. Hormazábal, H. *Bien Jurídico y Estado...*, p. 84.

de bienes. Lo anterior, porque junto con la posesión de bienes<sup>49</sup>, que implican el deber negativo de no lesionar, encontramos las instituciones positivas, por ejemplo el deber de los jueces de pronunciar sentencias justas.

¿Por qué rechaza Jakobs, entonces, la teoría del *bien jurídico* protegido? Una de las primeras críticas que le hace, dice relación con el hecho de que si entendemos como misión del Derecho Penal la protección de bienes, de un modo incondicionado o sin límite alguno, prontamente podremos constatar que, la mayoría de las veces, éstos desaparecen de forma natural, de un modo que no interesa al Derecho, especialmente al Derecho Penal. Para corroborar lo anterior, acudiremos a algunas frases de Jakobs, que, en nuestra opinión, resumen de manera lúcida esta crítica: “los seres humanos, dice, mueren por las afectaciones que sus órganos presentan inevitablemente al alcanzar una edad avanzada, o sucumben a graves enfermedades; hay máquinas que el uso ha deteriorado y por ello ya son inútiles; un campo sembrado es devastado por una tormenta o anegado por el mar, etc. ¿Son todos estos sucesos supuestos de lesiones de bienes jurídicos, de modo que el pasado aparece como un arsenal gigantesco de bienes jurídicos lesionados, y el presente como una permanente lesión de esos bienes?”<sup>50</sup> Para Jakobs en los ejemplos dados no debe intervenir el Derecho Penal, porque el menoscabo se ha producido por fenómenos naturales (incluso en casos en que exista intervención de personas, puede darse la situación de que no corresponda que el Derecho Penal intervenga, siempre que los procesos en que ellas han intervenido no resulten evitables, es decir, no sean dolosos ni imprudentes). Tenemos entonces, que si bien lo anterior puede carecer de importancia para calificarlos de bienes, no ocurre lo mismo cuando se trata de darle el tratamiento propio de un bien jurídico-penal. De ahí entonces, que el Derecho Penal no sirva, de modo alguno, para la protección genérica de bienes. Ello, porque “la muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un bien jurídico protegido; el automóvil carcomido por la corrosión es un bien que desaparece, su destrucción intencionada es una lesión de un bien jurídico. Por lo tanto, el Derecho Penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino a la protección de bienes contra ciertos ataques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecen en la lente del Derecho, y son por consiguiente bienes jurídicos”.<sup>51</sup>

Como consecuencia de lo anterior, Jakobs entiende que si concebimos al Derecho Penal como un sistema que se encarga de la protección de *bienes jurídicos*, ello no puede significar otra cosa que la protección de “una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques

<sup>49</sup> Cfr. Jakobs, G. *¿Qué protege el Derecho Penal...*, p. 22.

<sup>50</sup> Ibid., pp. 13-14.

<sup>51</sup> Ibid., p.15.

de otra persona”.<sup>52</sup> Por lo mismo plantea que, en todo caso, lo que haría el Derecho Penal sería garantizar la expectativa de que determinados bienes no sean atacados.

Para Jakobs el rol que cada ciudadano debe desempeñar, resulta de suma importancia a la hora de defender su teoría, porque tratándose de deberes en instituciones especiales, es decir, deberes positivos, no resulta apropiado hablar de lesión de un bien jurídico. Lo que ocurre, en esos casos, es el abandono del rol por parte del sujeto destinatario de la norma; por lo mismo, lo que, efectivamente, se ha lesionado es la expectativa que tenía el resto de la sociedad en que él cumpliera con el rol de que era titular. En la medida que el titular del rol no realice una conducta contraria a éste, no defrauda expectativa alguna. Por lo tanto, centrándonos en la imputación objetiva, veremos que no existen prohibiciones genéricas de lesión. Lo que existe son normas que afectan a personas determinadas, dicho de otra forma, competentes. ¿Quiénes? “Precisamente, aquel de cuyo rol forma parte el no lesionar (o el salvamento)”.<sup>53</sup> Un ejemplo dado por el propio Jakobs a propósito de esta situación, es el siguiente: “el conductor de un taxi que lleva a un cliente, bajo condiciones normales, de un sitio a otro, no responderá de los hechos que cometa éste en el lugar de destino, incluso aunque por cualquier razón conociera los planes delictivos de su cliente (que en caso de producirse una catástrofe puede responder por omisión de socorro o por omisión de denunciar un hecho delictivo, es cuestión distinta)”.<sup>54</sup> En definitiva, lo que debe analizarse es, si el sujeto que interviene tiene o no competencia para evitar que ese bien, en particular, resulte lesionado. Es importante destacar que existen numerosas críticas contra Jakobs, por la extensión que le da al caso recién transcrito. Por ejemplo, Parma plantea que tanto en la concepción como en la aplicación del Derecho hay valores éticos, por lo tanto, no resulta posible dejar sin sanción al chofer del taxi.<sup>55</sup> Pero, al mismo tiempo se podría decir, contra Parma, que al Derecho no le importan las conductas éticas, sino sólo las jurídicas. Probablemente, podría entenderse mejor la postura de Parma, si a lo planteado por él, le agregáramos que sólo en la medida que determinadas cuestiones éticas produzcan consecuencias jurídicas, ellas serán objeto de análisis por parte del Derecho.

Según Jakobs buscar el rasgo distintivo del Derecho Penal en la protección de bienes, nada aporta al debate. Sin embargo, con ello no afirma que los *bienes jurídicos* carezcan de toda relevancia en el ámbito penal; les reconoce una justificación parcial. Si bien es cierto, que es, perfectamente, posible que el núcleo de una relación personal esté dado por una relación hacia el titular de un bien o por la relación entre titulares de bienes, no es menos cierto que todavía falta algo para su configuración normativa, esto es, la fijación de los roles, en las normas jurídicas, que deben desempeñar los intervinientes.<sup>56</sup> ¿Sólo por esto tienen una justificación parcial los *bienes*

---

<sup>52</sup> Ibid., p.15.

<sup>53</sup> Ibid., p.26.

<sup>54</sup> Ibid., p. 27.

<sup>55</sup> Cfr. Parma, C. *El pensamiento de...*, pp.147-148.

<sup>56</sup> Cfr. Jakobs, G. *¿Qué protege el Derecho Penal...*, p.36.

*jurídicos*? Tratándose de Jakobs, obviamente, la respuesta no puede ser, simplemente, que sí. Afirma, además, que es parcial, porque la protección que brinda el Derecho Penal a aquellos bienes que ha reconocido no es absoluta. Una norma penal no podría proteger a un bien de todos los riesgos a los que se encuentra expuesto, sino sólo contra aquellos que no sean consecuencia directa y necesaria del contacto social permitido. Ahora, determinar qué es un contacto social permitido, es algo que escapa a las posibilidades del bien jurídico.<sup>57</sup>

Tradicionalmente, el Derecho Penal distingue entre sanciones aplicables a la lesión efectiva de bienes jurídicos y aquellas aplicables a eventuales o potenciales lesiones. Este punto de vista resulta compatible con la “teoría oficial”, en tanto, castiga -aunque con menor intensidad- los llamados delitos de peligro abstracto. Lo que resulta coherente si entendemos que la misión del Derecho Penal es la protección de *bienes jurídicos*, y como es lógico, se buscará que ella sea lo más efectiva. De ahí entonces, que tal como plantea Jakobs, pueda cuestionarse por qué esperar hasta que la lesión se produzca para actuar.

Este problema también es abordado por Jakobs<sup>58</sup>, pero con una fundamentación distinta. Hemos señalado, que es suficiente no adquirir competencia por una lesión para evitar ser penalmente responsable. Sin embargo, ello es efectivo sólo hasta cierto punto; porque, si entendemos a la sociedad como una sociedad de libertades, que por ende hace posible los contactos anónimos, no basta con no adquirir competencia. Si lo que buscamos es una sociedad realmente libre, el legislador no puede proscribir todas las conductas; deberá, en consecuencia, conformarse con establecer determinados criterios, confiando en que las personas serán capaces de autodeterminarse en aquello que no se encuentre regulado. Hasta el momento, no se observa inconveniente alguno. Pero, si examinamos con mayor cuidado la situación, encontraremos la siguiente dificultad: las personas tienen ideas muy divergentes acerca de cuál es el contenido del rol y esto, porque existen distintas apreciaciones del riesgo. Y si, como ya expresamos, en una sociedad existen contactos anónimos, resulta imposible considerar la valoración del riesgo hecha por la persona con la que uno se contacta, precisamente porque es anónima. Como puede apreciarse, aquí la única solución consiste en que el legislador establezca en qué casos alguien ya está desempeñando el papel de “lesionador” de bienes. En definitiva, se establecen prohibiciones de riesgo abstracto.

Por consiguiente, estando en presencia de una sociedad más o menos compleja, no basta con establecer normas contra la lesión de *bienes jurídicos*. Se requiere que determinadas conductas se establezcan como peligrosas y que, además la infracción de la norma, que contiene la prohibición de realizar aquella conducta, sea sancionada penalmente. Por consiguiente, si bien

---

<sup>57</sup> Cfr. Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Madrid. 1997, pp.56-57.

<sup>58</sup> Cfr. Jakobs, G. *¿Qué protege el Derecho Penal...*, pp. 41-42.

debemos permitir el despliegue de la libertad y, por lo mismo, aceptar que muchas situaciones serán valoradas desde una perspectiva descentralizada, no podemos permitir que ello ocurra respecto de todas; por el contrario, para darle estabilidad a la sociedad, resulta necesario que ciertas modalidades de comportamiento sean precisadas como peligrosas, de modo centralizado (es decir, por el legislador).

En definitiva, para Jakobs una persona -es decir, el individuo que cumple adecuadamente su rol- si deja de cumplir con la conducta esperada, incurre en una desviación normativa. En este sentido, dicha desviación explica por sí sola la dicotomía introducida por la “teoría oficial”. Jakobs, por el contrario, asume una teoría monista del delito, no hay una distinción ontológica entre lo actual y lo potencial, sino unidad indiscernible y sujetos de derecho que cumplen o incumplen su rol. Ejemplificando, en el caso del delito de conducción en estado de ebriedad, la ley lo castiga no porque se lesione un bien en sí mismo, sino por la potencial lesión que puede ocasionar a otros cuerpos o a sí mismo el conductor. Jakobs considera que esta distinción es irrelevante. Si un sujeto conduce en estado de ebriedad sin ser sorprendido por la policía, aparentemente, no ha lesionado bien alguno. Sin embargo, Jakobs ve en esto una falta de rigor lógico, en cuanto sostiene que el conductor del automóvil, sea que lesione un bien jurídico o no lo lesione, por el mero hecho de haberlo puesto en peligro o riesgo debe ser, igualmente, sancionado.

Como se observa la consecuencia jurídica es similar, pero las razones que la fundamentan son totalmente distintas desde el punto de vista de su fundamentación filosófica: una requiere de una fundamentación ontológica, mientras la otra rechaza tal tipo de fundamentación y, sólo recurre a una explicación constructivista y funcional.

En definitiva, partiendo de la base que para poder ejercer un determinado derecho, debo contar con una serie de condiciones concomitantes, y que, en la actualidad, no podemos dar por supuesto ni que ellas concurren ni que falten, es que se justifica la evolución de los delitos de peligro abstracto. ¿Por qué hablar de evolución? Porque estos delitos, antiguamente, estaban ubicados, como bien recuerda Jakobs<sup>59</sup>, en el Derecho Penal de orden público, bajo el título “sobre los delitos políticos” (así ocurría, por ejemplo, en el Código del Emperador José de Austria) y no en el Derecho Penal criminal, es decir, a diferencia de lo que ocurre hoy en día, no eran considerados delitos, sino meras infracciones contra el orden público. Una de las justificaciones que da Jakobs para entender que este cambio contó con buenas razones es que, hoy, el Estado es un Estado de prestaciones y, por lo mismo, la seguridad ya no puede comprenderse como “mero reflejo de la actividad policial, sino que se convierte en un derecho

---

<sup>59</sup> Cfr. Jakobs, G. *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*. Civitas Ediciones, Madrid. 2000, pp.44-45.

cuyo aseguramiento puede ser exigido al Estado”.<sup>60</sup> Así las cosas, lo perturbado ya no es sólo el orden público, sino también el derecho a la seguridad.

Pasemos ahora a destacar una de las principales críticas que Jakobs hace a la teoría de la protección de *bienes jurídicos*. Plantea que esta teoría no logra explicar cómo llega a determinarse qué bienes serán dignos de protección por parte del Derecho Penal. Porque si entendemos como función primordial de éste la protección de *bienes jurídicos*, sin establecer limitación alguna podríamos llegar al absurdo de entender que cualquier pérdida de un bien implicaría que el Derecho Penal debe intervenir. Con ello, claramente, nos estaríamos olvidando del carácter de *última ratio* que tiene este Derecho. Por lo tanto, no puede afirmarse que la misión del Derecho Penal sea la protección de bienes, de querer mantener el concepto de *bien jurídico* para explicar la misión del Derecho Penal, y con el objeto, de actuar con mayor precisión, deberíamos sostener que, en todo caso, sólo resultan protegidos ciertos bienes y frente a una puesta en peligro determinada. Esto nos conduce a afirmar que, el Derecho Penal no garantiza la protección de bienes jurídicos, sino que lo que, efectivamente, garantiza es que las personas no ataquen esos bienes. Por lo mismo Jakobs entiende que el Derecho Penal no actúa como muro de protección de bienes, porque siendo el Derecho “la estructura de la relación entre personas”<sup>61</sup>, y entendiendo que éstas deben representar un determinado papel, y que la sociedad confía en ese cumplimiento, no podemos sino concluir que la misión del Derecho Penal, es la de asegurar el cumplimiento de cada uno de los roles asignados al ciudadano; en definitiva, asegurar la fidelidad al Derecho.

También plantea Jakobs, que si bien esta teoría puede establecer quién es el favorecido con la norma, es decir, con la función protectora, y por lo mismo, concebir al bien en relación con su titular, no sirve para demostrar la necesidad que ese bien, también, sea protegido penalmente. Lo anterior, porque muchas situaciones pueden ser consideradas por su titular como bien; sin embargo, no siempre estará reconocido como *bien jurídico*. Porque, se requiere agregar el concepto de dañosidad social, y bien sabemos que un bien será jurídico, en tanto exista interés público en su conservación.<sup>62</sup>

Como puede apreciarse Jakobs realiza una serie de críticas a la teoría del bien jurídico protegido. Creemos ilustrativo exponer, brevemente, una de las respuestas dada por Roxin a las críticas hechas por Jakobs. Plantea este último que las modalidades de tipo objetivo y subjetivo son irrelevantes para que haya una lesión de bienes, agrega que tratándose de los delitos especiales, ellos no encuentran suficiente justificación en la teoría antes mencionada. Roxin<sup>63</sup> sostiene que entender como función la protección de *bienes jurídicos*, en caso alguno significa afirmar que toda lesión debe ser castigada; por el contrario, entiende, que a la hora de castigar,

---

<sup>60</sup> Ibid., p.47.

<sup>61</sup> Jakobs, G. *¿Qué protege el Derecho Penal...*, p.63.

<sup>62</sup> Cfr. Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte...*, pp.55-56.

<sup>63</sup> Cfr. Roxin, C. *Derecho Penal. Parte...*, pp.69-70.

deberán tenerse en cuenta las particularidades de ella. Agrega que debe tenerse en cuenta el carácter subsidiario del Derecho Penal. Respecto a lo planteado a propósito de los delitos especiales, expresa que en ellos, efectivamente, hay lesión de un *bien jurídico*, la particularidad radica en que ellos no pueden ser lesionados por cualquier persona, sino sólo por el intraneí.

Otra de las dificultades que tiene la teoría de los *bienes jurídicos* protegidos es que no cuenta con un criterio de demarcación entre bienes jurídicos y morales. Esto porque ¿cuándo sabemos que un bien es jurídico? ¿Cuándo lo protege el Derecho Penal? Pero ¿qué tipo de bienes protege el Derecho? ¿Cómo saberlo? No basta decir que son aquellos que tienen una incidencia social, porque los bienes morales también la tienen. De ahí que señalar que la misión del Derecho Penal consiste en la protección de bienes jurídicos, poco aporta a la hora de intentar delimitar lo moral de lo jurídico. Reconociendo que sólo tratándose de cuestiones de carácter jurídico es lícita la intervención del Derecho, toda vez, que los asuntos morales deben quedar sometidos, única y exclusivamente, a la conciencia del sujeto.

Finalmente, creemos conveniente hacer un pequeño resumen de lo hasta aquí expuesto. Para Jakobs la función del Derecho Penal, es “restablecer en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma, cuando existe un procedimiento a causa de la infracción misma”.<sup>64</sup> En definitiva, lo que plantea Jakobs es que el legislador “habla” por intermedio de la ley. ¿A quién? A la sociedad. Si el mensaje llega, entonces la comunicación ha tenido éxito (en el ámbito del Derecho Penal, el individuo se abstiene de cometer el delito). Si el individuo delinque, el mensaje ha fallado. El castigo, entonces es una reiteración del mensaje, como cuando alguien habla por teléfono y el receptor pregunta ¿cómo dices? El emisor repite, reitera el mensaje con la esperanza que tenga éxito, que sea entendido. Del mismo modo se aplica el castigo, con la misma pretensión, y esto sí justifica concebir a la pena como prevención general de doble vía, es decir, por un lado advierte diciendo que la interrupción del mensaje legal no será tolerada y, por otro, restablece el canal (interrumpido por el delito) para que la comunicación vuelva a fluir. Esto, se encuentra perfectamente armonizado con la idea de delito sustentada por Jakobs, puesto que entiende que el delito supone una comunicación defectuosa, provocada por un sujeto que se aparta del rol que le corresponde como ente social. Aquí sólo se ha esbozado qué entiende Jakobs por delito, a continuación se tratará el tema con mayor profundidad.

Pero antes, no debe dejar de mencionarse que, pese a la crítica que realiza Jakobs a la teoría de la protección de *bienes jurídicos*, reconoce que, probablemente, no se logre demasiado al rechazar esa teoría en su totalidad, cuando sostiene: no parece que se vaya a ganar nada por

---

<sup>64</sup> Lascano, C. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Advocatus, Córdoba. 2000, p.24.

rechazar esa teoría y precisar el delito, sin pasar por un bien jurídico, mediante la dañosidad social de la conducta.<sup>65</sup>

### **3.2 CÓMO CONCEBIR EL DELITO Y SU RELACIÓN CON EL ORDEN JURÍDICO.**

Algo de esto ya se ha adelantado en el apartado anterior, al señalar que el delito supone, para Jakobs, una comunicación defectuosa, lo que ocurre al apartarse el sujeto del rol que le corresponde. Por consiguiente, deberemos hacer un pequeño recuento de lo que se explicó en el capítulo segundo, al tratar el tema de la influencia de la sociología de Luhmann en Jakobs. Esto, debido a que a la hora de hablar de delito hace pie en la teoría de sistemas, fundamentalmente, en aquello que dice relación con la concepción de la sociedad como comunicación y de la persona como sujeto que debe representar un determinado papel.

Jakobs entiende a la sociedad como un sistema, sistema que funciona a la perfección, sólo en la medida que cada uno de los integrantes de ella, cumpla con el rol que tiene asignado. Rol que, como es lógico, está determinado por la norma jurídica. Por lo tanto, en la medida que respetamos el papel que nos ha correspondido, estamos siendo fieles al Derecho. Lo anterior, porque, al momento de establecerse las relaciones (o comunicaciones, si se prefiere este término) entre los sujetos, y, teniendo en cuenta el hecho indiscutible -que en la sociedad actual no cabe sino entender que la mayoría de las relaciones se dan de manera anónima-, se parte de la base de que el otro cumplirá con su rol. Es decir, se tiene la expectativa que las personas cumplirán con el mandato de no quebrantar su rol como ciudadanos fieles al Derecho. Esto nos conduce a plantear que, dado que la sociedad es comunicación, un sujeto, al apartarse de su rol, rompe el sistema, puesto que defrauda la expectativa que el resto de la sociedad tenía depositada en él. Resulta importante destacar que el delincuente desempeña el rol de una persona libre al momento de actuar, pero el problema radica en que no toma en consideración la norma e incluso, tomándola en consideración, decide ignorarla o quebrantarla a la hora de configurar el mundo, y por lo mismo, crea una sociedad diferente. Diferente en el sentido de una contrasociedad, una sociedad desviada respecto de los valores que orientan y regulan el tráfico social imperante en la comunidad donde actúa el delincuente. Y, como se necesita que la sociedad sea la misma para todos o, lo que es lo mismo, que el sistema vuelva a funcionar, este sujeto infiel al Derecho debe ser castigado.

Nos parece útil recurrir al siguiente ejemplo, para aclarar lo que quiere decir Jakobs al señalar que la sociedad es comunicación, tratándose, específicamente, de la relación delito-sociedad. “Lo social en un homicidio no es la lesión de la carne de la víctima, o la destrucción de su conciencia, sino la afirmación contenida de modo concluyente y objetivada en el hecho punible de no asumir el deber de respetar el cuerpo y la conciencia de la víctima como elementos de una

---

<sup>65</sup> Cfr. Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte...*, p.57.

persona, sino tratarlos como un entorno indiferente. Mediante esta afirmación se cuestiona la norma, es decir, la regulación entre personas; por lo tanto, el delito es la desautorización de la norma, o, vuelto a referir a la persona delincuente, falta de fidelidad al ordenamiento jurídico actuada”.<sup>66</sup>

¿Cuál sería el daño propio de los delitos para Jakobs? Sin lugar a dudas no es el que pongan en peligro *bienes jurídicos*, tampoco el que los destruyan. El daño no radica en otra cosa que en lo que se expresa a través de la conducta del autor; en último extremo, una negación del valor de la norma. Por esto, plantean distintos autores que lo socialmente dañoso del homicidio no es la destrucción de una vida, sino que lo dañoso radica en que el sujeto que mata, a través de su conducta, está expresando que no le otorga valor a la vida de los demás y que la norma que prohíbe matar, o, mejor dicho, que sanciona el homicidio, para él no tiene relevancia alguna.

Una vez que tenemos claro qué entiende Jakobs por delito y, el “entorno” en que éste se desenvuelve, parece pertinente ver, aunque sea brevemente, como trata nuestro autor el tema de la acción y de la imputación objetiva. Esto, dado que, ambas, resultan relevantes al momento de abordar el tema del injusto penal.

Para Jakobs resulta esencial a la hora de construir el concepto jurídico penal de acción, relacionar el Derecho Penal con la realidad social en la que éste deberá aplicarse. Porque sólo de esta forma logrará construirse un concepto de acción que resulte penalmente relevante. Lo que hace el delincuente con su acción es poner en duda la validez de la norma; de ahí entonces, que pueda ser leída como menoscabo de una determinada función social. La acción es causación de un resultado evitable. Por lo tanto, Jakobs se aleja de las concepciones dadas, por ejemplo, por Von Liszt y por Welzel. Del primero, en cuanto éste sostenía que es la naturaleza la que enseña qué es acción. Y del segundo, en cuanto aquél planteaba que el concepto debía extraerse de la ontología.

¿Qué importancia tiene la teoría de la imputación objetiva? Que con ella queda claro que no basta que exista un nexo causal entre la acción y el resultado, para imputar ese resultado al autor de la acción. Busca, por lo mismo, tal como plantea Parma<sup>67</sup>, si no eliminar, al menos neutralizar la aplicación irrestricta del *versari in re illicita imputatur omnia, quae sequuntur ex delicto*, es decir, que quien comete un delito es responsable por todo lo que se siga de él. Hasta ahora, no se ha aportado nada nuevo en relación con esta teoría. Entonces, ¿por qué abordarla en esta tesis? Porque nos permite comprender mejor lo que Jakobs -quien prefiere hablar de teoría de la imputación- quiere decir al sostener que lo social y la expectativa (institucionalizada) que surge en la comunidad, deben tenerse en cuenta si se quiere imputar un delito.

---

<sup>66</sup> Jakobs, G. *¿Qué protege el Derecho...*, p. 57.

<sup>67</sup> Cfr. Parma, C. *El pensamiento de...*, p.122.

Veamos qué puede decirse acerca de esta teoría. Es un principio socio-funcional que sólo una conducta objetivamente defectuosa, puede defraudar la expectativa jurídicamente garantizada, es decir, establecida por una norma jurídica. De ahí entonces, que Jakobs plantee, que el Derecho Penal moderno alude a aquel principio o, al menos, se adapta a él, al momento de elaborar una teoría de la conducta típica, puntualizada a propósito de la teoría de la imputación objetiva. ¿Cómo comprobar lo anterior? Para Jakobs, desde el momento en que las personas son las destinatarias, por un lado, de un papel y, por el otro, de la expectativa, resulta imposible no exigir como requisito mínimo, para imputar un resultado determinado, una defraudación, es decir, el quebrantamiento de un rol. Claramente, la teoría de la imputación no tiene como fin garantizar el cumplimiento del rol por parte de los ciudadanos. De hecho, lo estrictamente penal en esta teoría, dice relación con la posibilidad de limitar la responsabilidad penal.<sup>68</sup> Vemos como, nuevamente, se alude al principio que la persona al actuar debe cumplir con su rol.

Resulta importante hacer mención a un elemento de la teoría de la imputación objetiva, cual es el principio del riesgo permitido. Éste deberá tenerse en cuenta, si se quiere determinar en qué casos nos encontramos ante un hecho típico. Lo anterior, porque de no superarse la “barrera” del riesgo permitido, en caso alguno podremos estar frente a una situación típica. ¿En qué consiste el riesgo permitido? Es aquel riesgo que debe permitirse en una sociedad, ya que, de lo contrario, se estaría impidiendo el desarrollo social. Aún más, debemos tener en cuenta que tal como plantea Parma<sup>69</sup>, incluso en aquellos casos en que el sujeto actúa de buena fe, existe el peligro que se genere un daño o lesión.

Para concluir con el tema de la teoría de la imputación, destacaremos que no puede verse en ella un complemento de la acción; su función va mucho más allá, resulta vital a la hora de determinar cuándo estamos en presencia de una acción relevante desde el punto de vista jurídico-penal.

Finalmente, señalaremos que “el delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputada la causa de este defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo”.<sup>70</sup> El delincuente con su conducta “ataca” la vigencia de la norma, toda vez que siendo la norma la que determina el rol que cada uno debe desempeñar, en la medida que no se actúa conforme a ella, en definitiva, no se cumple con lo ordenado por la norma. De ahí entonces, que tal como enseñaba Hegel, el delito no sea sino negación del Derecho. Así vemos, cómo Jakobs, al tratar el tema del

<sup>68</sup> Cfr. Jakobs, G. *Sociedad, Norma y...*, pp. 54-55.

<sup>69</sup> Cfr. Parma, C. *El pensamiento de...*, pp. 98-99.

<sup>70</sup> Jakobs, G. *Sociedad, Norma y...*, p.18.

delito vuelve sobre lo planteado, un siglo y medio antes, por Hegel, el inspirador de su teoría penal.

### 3.3 LA RESTAURACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO MEDIANTE LA PENA.

Sabemos que ni el contenido ni la función de la pena pueden determinarse sin tener en cuenta la sociedad a la cual habrá de aplicarse el Derecho Penal. A pesar de esto, existen ciertos rasgos distintivos de la pena, de ahí entonces, que pueda darse un concepto de carácter general -siguiendo a Jakobs-, como el siguiente: “la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma”.<sup>71</sup> Por lo tanto, se exigirá para la imposición de una determinada pena la existencia de un ilícito, es esto, lo que de alguna forma, nos permite explicar por qué resulta inmoral la actitud del delincuente y moral la reacción penal, siendo que ambas infligen dolor o daño a un ser humano. Es por lo mismo, que se necesita una justificación racional de la pena. Y es, precisamente, este el problema al que se ve enfrentada toda teoría de la pena.

A continuación haremos un breve *excursus* de las distintas teorías de la pena, con el objeto de permitir una mejor comprensión de la postura de Jakobs, cuando abordemos el fin que le asigna a la pena.

Tenemos claro que las teorías que abordan el fin de la pena, buscan explicar la manera en que ésta debería surtir efecto para cumplir con la misión que tiene el Derecho Penal. Estas teorías pueden reunirse en dos grandes grupos, teorías absolutas (de la retribución) y teorías relativas (prevención general y especial). Respondiendo las primeras, a la fórmula: *punitur, quia peccatum*, es decir, se castiga porque se ha pecado; y, las segundas al: *punitur, ne peccetur*, es decir, se castiga para que no se peque. En definitiva, mientras la teoría de la retribución mira hacia el pasado; las de la prevención, sea general o individual, lo hacen hacia el futuro.

Debe aclararse que las teorías absolutas prescinden de cualquier fin utilitario de la pena, ya que la consideran como un fin en sí misma. Lo anterior, porque se castiga *quia peccatum est*, vale decir, porque se ha pecado o delinquido. Por lo mismo, al momento de imponer ésta no se buscan fines prácticos, sino castigar al delincuente por el hecho cometido, es decir, se busca realizar -de algún modo- la justicia. Es a partir de esta concepción absoluta del fin de la pena que surge la teoría de la retribución. Detrás de esta teoría se encuentra el viejo principio del Talión: ojo por ojo, diente por diente (si el sujeto ha asesinado, debe morir). En su formulación más primitiva esta teoría planteaba que la retribución justa no era otra que aplicar estrictamente la ley del Talión. Sin embargo, dicha postura evoluciona, principalmente gracias a las obras de Kant y Hegel, en tanto

---

<sup>71</sup> Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte...*, p.8.

sostienen que por una parte, el daño determina la medida del castigo y por la otra, que la culpabilidad deberá tomarse en cuenta a la hora de fijar el castigo que corresponde al delito.<sup>72</sup>

Tratándose de las teorías relativas, éstas entienden que la pena se impone para prevenir nuevos delitos. De ahí entonces, que se afirme que estas corrientes no consideran la pena como un fin en sí misma, sino como un medio para alcanzar otras metas. Dependiendo del fin o de la meta que pretendan lograr, distinguimos dos vertientes: la prevención general y la especial. La primera funda la pena en el efecto intimidatorio sobre el resto de la sociedad. La segunda, en cambio, busca impedir que sea el propio delincuente quien vuelva a delinquir. Analicemos un poco más cada una de estas posturas.

La prevención general, entiende que la pena impuesta al delincuente debe servir de advertencia al resto de la sociedad, con el objeto de evitar que surjan nuevos delincuentes. Esto es efectivo tratándose de la prevención general negativa, donde la pena es vista, simplemente, como un instrumento intimidatorio. En su vertiente positiva, entiende que la pena tiene como fin el reforzamiento de la fidelidad al Derecho o, lo que es lo mismo, el cumplimiento de las normas jurídico-penales. Fue, precisamente, Feuerbach quien, en la misma época en que Kant y Hegel formulaban sus tesis retribucionistas, planteó la idea de la prevención general positiva.

La prevención especial, busca encontrar en la pena un instrumento de reinserción social, afirmando de este modo, que la pena tiene por objeto impedir que el delincuente reincida. Ahora bien, como la consecución de este fin tiene directa relación con la efectividad del medio empleado, deberá adaptarse el tipo de pena a aplicar a la personalidad del delincuente. ¿Qué se quiere decir con esto? Que los medios a utilizar deberán ser distintos según el “tipo” de delincuente, así se buscará intimidar al delincuente ocasional, reeducar al delincuente habitual corregible y hacer inofensivo al incorregible.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> Dentro de esta teoría suelen distinguirse tres variantes, a saber: divina, moral y jurídica. La primera, entiende que al momento de cometerse un ilícito penal se está violando tanto la ley humana como la de Dios o ley divina si se prefiere, por lo mismo, la pena se convierte en expiación espiritual. La segunda, sostiene que el delito es violación del orden ético y que, por lo mismo, la conciencia moral exige que sea retribuido con la pena. Para Kant, máximo exponente de esta variante, la ley -penal en este caso- es imperativo categórico y la pena, retribución necesaria que se inspira en el concepto de justicia absoluta. Finalmente la tercera, entiende que el delito es insurrección del particular, ya que contradice la voluntad de la ley y es por ello que se exige la aplicación de la pena como especie de reparación, que permite reafirmar la autoridad y vigencia del Estado. En esta última vertiente podemos ubicar el pensamiento de Hegel, para quien de acuerdo con el método dialéctico, si el delito es negación del Derecho, y la pena es negación de la negación, quiere decir entonces, que la pena reafirma el imperio del Derecho.

<sup>73</sup> Si el autor se encuentra integrado a la sociedad (delincuente ocasional) y, fundamentalmente, en casos de imprudencia, bastará un llamado de atención, siendo en estos casos, por lo general, la pena una medida o carga pecuniaria. Si, por el contrario, nos encontramos frente a un delincuente habitual el medio de reacción podrá ir desde la remisión condicional de la pena (resocialización ambulatoria) hasta la ejecución de una pena privativa de libertad (resocialización estacionaria). Ahora, también se podrá aplicar la combinación de ambos tipos de resocialización, ello se logrará a través de la libertad condicional. De acuerdo con lo señalado debe concluirse que la los fines que buscan la resocialización del delincuente deben ser aplicados en forma escalonada, es decir, deberá partirse por aquel que estando asignado al delito, resulte menos severo para el delincuente. Es decir, podrá recurrirse al último fin preventivo-individual, cual es el aseguramiento, sólo en aquellos casos en que los objetivos de intimidación y resocialización no resulten posibles. Cfr. Maurauch, R y Zipf, H. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Astrea, Buenos Aires. 1994, p.108.

Una vez que se han planteado aquellas cuestiones generales acerca de la pena, abordaremos el planteamiento de Jakobs. Tanto, en lo que dice relación con la forma en que entiende la pena, como al fin que le asigna.

En relación con lo primero, debemos especificar que para Jakobs la justificación de la existencia de la pena pública radica en que ella permite caracterizar al delito como tal. Toda vez que entiende que la pena restablece la vigencia de la norma, vigencia que ha sido quebrantada por medio del delito. Agrega que “la infracción de la norma no representa un conflicto penalmente relevante por sus consecuencias externas, ya que el Derecho Penal no puede sanar tales consecuencias. La pena no determina una reparación del daño; además muchas infracciones a la norma se consuman antes que se produzca el daño exterior, como sucede con los delitos que tienen carácter material de tentativa y, por lo demás, siempre en la tentativa y la preparación. Sin embargo, un comportamiento humano no es sólo un suceso que surta efecto en el mundo exterior, sino que en la medida en que la persona domina o puede dominar su comportamiento, éste significa también algo, al igual que una frase dicha significa algo. A un autor que actúa de determinado modo y que conoce, o al menos puede conocer, los elementos de su comportamiento, se le imputa que considere su comportamiento como la conformación normativa”.<sup>74</sup> Para complementar lo anterior, debemos agregar que la sociedad que, hasta antes de la comisión del delito era homogénea, una vez perpetrado el ilícito, deja de serlo, ya que, que la afirmación hecha por el delincuente, en relación con negarle validez a una norma jurídica, es tomada en cuenta. ¿Por qué debe ser considerada la conducta del delincuente? Porque éste con su afirmación no sólo ha significado algo, sino que lo ha configurado, es decir, no sólo manifiesta, por ejemplo, que no debe respetarse la propiedad ajena, sino que la ha lesionado o se ha dispuesto a ello. Así vemos, como el sujeto no sólo afirma algo, sino que realiza un despliegue de energía (o deja de hacer algo, si se trata de un delito de comisión por omisión), cuestión que se ve materializada en una modificación de la situación existente hasta ese momento.

De esta forma, vemos como a diferencia de lo que ocurría en la sociedad de Fichte, donde el infractor, sencillamente, era expulsado de ella, en la sociedad propuesta por Jakobs, el infractor no deja de pertenecer a ella, debiendo, por lo mismo, ser tenida en cuenta su conducta, y no sólo eso, sino que además deberá utilizarse el mecanismo previsto en el ordenamiento para lograr la desautorización del contraproyecto que ha realizado el delincuente frente a la sociedad. Este mecanismo es la pena.

Si tal como afirmamos en el párrafo anterior, el infractor de la norma sigue perteneciendo a la sociedad, debemos recalcar que este sujeto, en caso alguno deja de ser persona, es más que se le aplique la pena, es decir, se le prive de determinados medios de interacción,

---

<sup>74</sup> Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte...*, pp. 12-13.

confirma, precisamente, que jamás ha dejado de ser persona. Esta privación tampoco se produce con el objeto de marginar a la persona, ya que es el significado de su conducta lo que se convierte en irreal, y no su persona.<sup>75</sup> Aquí podemos constatar un claro parecido con lo planteado por Hegel, cuando afirmaba por un lado, que el delito no tiene existencia positiva y, por el otro, que el delincuente no deja de ser persona por la comisión de un delito, por el contrario, debe ser castigado, precisamente, porque es una persona. Incluso más, es la propia dignidad del delincuente la que reclama la punición.

Según lo expuesto, para Jakobs, la pena es un proceso que tiene lugar dentro de la sociedad. Porque si entendemos que la pena, precisamente, confirma la identidad normativa de la sociedad, quiere decir, que sólo un miembro de ella puede atacar dicha identidad normativa, de ahí entonces, que sólo pueda aplicársele la pena a un sujeto, en tanto, ente perteneciente a la sociedad.<sup>76</sup>

En relación con lo segundo, es decir, con el fin de la pena, debemos precisar que para Jakobs hay que distinguir entre el fin de la pena y la función latente de la misma. ¿Dónde radica la diferencia? Si, tal como entiende Jakobs, el hecho (delito) es negación de la estructura de la sociedad y la pena es confirmación de ésta, en tanto, negación de la negación (según la terminología de Hegel), obtenemos que con la ejecución de la pena, siempre se alcanza su fin, esto es, sólo confirmar la configuración de la sociedad; “que además de ello se produzcan efectos psíquicos individuales o colectivos -intimidación, ejercicio de fidelidad al derecho u otros- no es esencial al fin de la pena, aunque tales efectos, seguramente, no sean secundarios en cuanto función latente de la misma”.<sup>77</sup> En resumen, mientras el fin de la pena es reafirmar la vigencia de la norma, la función latente dice relación con los efectos que la pena produce sea a nivel individual (delincuente) o general (sociedad). Por lo tanto, vemos como para Jakobs el fin de la pena es la mantención de la sociedad sin modificaciones, sin agregar elementos de carácter psicológicos al concepto de pena. Porque el que junto con la aplicación de la pena se puedan obtener modificaciones de estados psíquicos, en caso alguno significa que ellos forman parte del fin de la pena. Lo anterior, porque la pena forma parte de un proceso objetivo de comunicación, de ahí entonces que su concepto deba determinarse atendiendo a ese proceso y no a las repercusiones psíquicas del sujeto.

La pena para Jakobs, pues, cumple una función (fin) fundamentada en la prevención general positiva, es decir, la pena está al servicio de la fidelidad al Derecho. Ésta se debilita en la medida que un sujeto, que está en perfectas condiciones para prever y dominar lo dispuesto en la norma jurídica (es decir, para cumplir con el rol que le ha sido asignado) y, por lo tanto, actuar

---

<sup>75</sup> Cfr. Jakobs, G. *Sobre la Teoría...*, p. 23.

<sup>76</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 28.

<sup>77</sup> Jakobs, G. *¿Qué protege el Derecho...*, p. 61.

conforme a la expectativa que el resto de la comunidad tiene en el respeto de ese rol, lleva a cabo una actuación contraria a la norma. Pero ¿por qué se ve quebrantada la fidelidad al Derecho? Porque al negarse la vigencia de la norma jurídica se debilita, al mismo tiempo, la afirmación contenida en ella y, por lo mismo, su aptitud funcional para dar equilibrio al desarrollo social se ve, seriamente, cuestionada. De ahí entonces que el sistema jurídico, para mantener su vigencia, necesite resarcirse de las violaciones de sus preceptos. La pena, en definitiva, busca comunicar que no se permitirá la mantención del esbozo de realidad presentado por el delincuente.

Lo anterior, nos conduce a afirmar que para Jakobs la función de la pena no es intimidar, sino que su finalidad es comunicativa. La pena desautoriza, comunicativamente, la afirmación realizada por el delincuente. Lo anterior, porque el delincuente con su conducta (activa u omisiva) niega un determinado valor y el juez, al imponer la pena, reafirma aquel valor que ha sido negado. En definitiva, la pena busca reafirmar el orden jurídico, lo que se hace a costa del delincuente (en tanto delincuente y no persona) y respecto a todos los ciudadanos.

Como puede apreciarse, el sistema de Jakobs recepciona la teoría de la prevención general, específicamente, prevención general positiva. Si entendemos por positiva el que la pena restaura la vigencia de la norma, entendida como sistema jurídico y confirma ante los ciudadanos que pueden seguir confiando en el orden jurídico vigente. ¿Por qué es ésta la teoría correcta en el sistema de este penalista? Porque entiende que el fin de la pena se vería desdibujado si se utilizara, exclusivamente, la fórmula de un *ne peccetur*, ello en atención a que de esa forma se estaría ilusionando a la sociedad con la idea que la pena previene delitos. Cuando, en todo caso, lo que podría prevenir no sería más que el que los delitos dejaran de concebirse como tales, es decir, prevenir la erosión de la configuración normativa real de la sociedad.<sup>78</sup>

Hasta el momento hemos señalado que el fin de la pena para Jakobs es la prevención general positiva, pero ¿qué quiere decir con esto? Que es prevención general por cuanto tiene por objeto producir efecto en todos y cada uno de los miembros de la sociedad (y no sólo en potenciales delincuentes), y es positiva en la medida que la pena no debe ser entendida como intimidación, por el contrario, se busca lograr que la sociedad tenga la tranquilidad de que las normas mantendrán su vigencia.<sup>79</sup>

Se ha sostenido, entre otros, por Parma que tratándose del fin de la pena, Jakobs se aparta, radicalmente, de Hegel.<sup>80</sup> Lo anterior, porque mientras Hegel sostiene la teoría de la retribución, Jakobs sustenta la de la prevención general positiva. Sin embargo, nos parece que la opinión de

<sup>78</sup> Cfr. Jakobs, G. *Sobre la Teoría...*, pp. 15-16.

<sup>79</sup> Cfr. Jakobs, G. *Tratado de Derecho Penal. Parte...*, p. 18.

<sup>80</sup> Cfr. Parma, C. *El pensamiento de...*, p. 38. Resulta conveniente aclarar que Parma sí reconoce que en la medida que mediante la pena se busque el restablecimiento del Derecho habría coincidencia entre la postura de Hegel y la de Jakobs. Con lo que Jakobs no estaría de acuerdo, según él, es con el carácter retributivo que la pena tiene para Hegel.

Parma no resulta convincente o acertada a la luz de lo que el propio Jakobs plantea en su *Tratado de Derecho Penal* al analizar la punición estatal. En efecto, afirma que “en Hegel la teoría absoluta recibe una configuración que en poco se diferencia de la prevención general positiva aquí representada. El sistema de referencia de Hegel para fundamentar la pena es el concepto de Derecho; el sistema de referencia actual lo forman las condiciones de existencia de la sociedad. Por lo demás, se da la siguiente concordancia: Hegel interpreta el hecho punible como «algo negativo», es decir, como vulneración del Derecho en el sentido de su negación. Esta vulneración alega una pretensión de validez, pero la pena sale al encuentro de tal pretensión, como «vulneración de la vulneración», y así como «restablecimiento del Derecho». Esta secuencia es absoluta, ya que el Derecho ha de ser necesariamente, siempre, Derecho impuesto; lo que constituye un argumento es, no la utilidad de la pena, sino solamente la idea del Derecho convertida en concepto. Dado que Hegel no interrelaciona hecho y pena como hechos externos, sino como sucesos dotados de significación, ya no se trata -como en Kant- de una igualdad de género, sino de igualdad «según el valor de los mismos». Con lo que Hegel se da cuenta de que la pena necesaria corresponde al «poder de la sociedad ya segura de sí misma», es decir, que en sociedades consolidadas puede rebajarse la medida de la pena, pues en ellas es más reducida «la peligrosidad de la acción para la sociedad». «Un Código Penal pertenece, por tanto, ante todo a su tiempo y al estado en que se encuentre la sociedad civil». Así pues, en Hegel la pena es absoluta en lo conceptual, pero en su concreta configuración es relativa al respectivo estado de la sociedad”.<sup>81</sup>

Por último, debemos agregar que, en relación con el fin que Jakobs asigna al Derecho Penal, piensa que un argumento a su favor, en orden a entender que este Derecho no puede tener como misión la protección de *bienes jurídicos*, es, precisamente, que la pena nunca ha recompuesto un *bien jurídico*. Y si la pena es reacción al delito y, busca la estabilización de la norma jurídica lesionada, no se entiende que el fin del Derecho Penal sea la protección de bienes, si la pena -su reacción- no repara el bien que ha resultado lesionado. Por lo mismo, agrega que, claramente, “la teoría del Derecho Penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez, especialmente, en la teoría de los fines de la pena: el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación”.<sup>82</sup>

### **3.4 PRINCIPALES CRÍTICAS FORMULADAS A LA TEORÍA DE GÜNTHER JAKOBS.**

El primer problema que se advierte, es que no establece límites al poder punitivo del Estado, es decir, a aquello que, legítimamente, puede ser castigado. Porque, tal como sostiene Roxin, entre otros, para poder castigar una conducta se requiere que se haya lesionado o, al menos, puesto en peligro algún *bien jurídico*. De lo contrario, no resulta legítimo castigar aquella

<sup>81</sup> Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte...*, pp. 22-23.

<sup>82</sup> Jakobs, G. *¿Qué protege el Derecho...*, p. 64.

conducta. Claramente, siguiendo esta postura, se establece una barrera bastante precisa, en relación con los límites que tiene la potestad punitiva del Estado. Es más, para Roxin<sup>83</sup> el concepto material de delito es previo a cualquier código penal, toda vez que es aquél, el que suministra un criterio político-criminal al legislador, sobre aquello que se puede penar y lo que debe quedar impune. En cambio, en la teoría de Jakobs, estos límites no existen o, al menos no resultan fácilmente apreciables; porque “este profesor confía todo a lo, meramente, comunicativo, pero ello puede ser la emisión de opiniones, también puede ser una acto preparatorio. Para este autor pareciera, que sería totalmente legítimo que los códigos penales estuvieran llenos, por ejemplo, de delitos de opinión, toda vez que cuando se vierte un parecer de un determinado colectivo social en forma degradante, eso estaría comunicando lo mismo que cuando se sale a la calle y se agrede a ese colectivo social”.<sup>84</sup> Sin embargo, Jakobs no deja de contrargumentar lo recién expuesto, ya que sostiene que, en tanto, las normas jurídicas (en un Estado Democrático) sean dictadas por los legisladores, es decir, por los representantes del pueblo, difícilmente podrán calificarse -al menos en principio y teóricamente- de injustas, a lo más se podrá cuestionar la falta de capacidad de aquéllos para decidir qué intereses deben ser protegidos por el Derecho Penal. Vemos aquí como, una vez más, queda de manifiesto que Jakobs identifica *bien jurídico* con aseguramiento de las expectativas normativas.

Un segundo problema lo encontramos al analizar si debe castigarse la tentativa inidónea o delito imposible. Suministremos un caso: un sujeto con la intención de matar, toma un arma creyendo que está cargada, y la dispara en dirección a su “víctima”. Pero, al no estar cargada, no logra su cometido. ¿Qué sucedería en este caso si aplicamos la teoría de Jakobs? Para él resulta absolutamente, irrelevante el hecho que el arma estuviera o no cargada; porque lo significativo es que el agresor creía que estaba cargada y con esa convicción disparó. Por lo tanto, el autor con su conducta expresa al resto de la sociedad que para él la vida del otro no tiene valor alguno; niega el valor de esa vida. Es por esto que podría afirmarse que con la postura de Jakobs sería legítimo castigar la tentativa inidónea, porque lo que ha ocurrido ha sido que se ha desvalorizado, comunicativamente, el valor de la vida ajena. A una solución diametralmente opuesta se llega si seguimos, una vez más, la postura de Roxin. Si el Derecho Penal sólo puede castigar aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro al *bien jurídico* protegido, en este caso, al no encontrarse cargada el arma al momento en que el sujeto dispara, no sólo no se lesionó, sino que, en caso alguno, se puso en peligro *bien jurídico* alguno. Esto, porque el medio elegido para obtener el resultado querido fue ineficaz.

El tercer problema está relacionado con el contenido de la pena, con la legitimidad de privar al delincuente de determinados derechos. Si la pena cumple con su función cuando

---

<sup>83</sup> Cfr. Roxin, C. *Derecho Penal. Parte...*, p. 51.

<sup>84</sup> Cernusco, J y Dalma, G. *Principales Enfoques del funcionalismo Sistémico en la Interpretación de la Norma Penal*. [www.carlosparma.com.ar](http://www.carlosparma.com.ar)

estabiliza la norma lesionada, entonces cabe preguntarse ¿por qué esta función debe llevarse a cabo encerrando, por ejemplo, diez años al delincuente? Si lo que se busca es desautorizar la afirmación realizada por el delincuente, afirmando que la norma mantiene su vigencia ¿por qué resulta necesario que esa afirmación se realice privando al sujeto de su libertad o inhabilitándolo para ejercer determinados cargos, por ejemplo? ¿No bastaría que el juez manifestara públicamente que la conducta del delincuente no se ajusta a Derecho y que, a pesar, de todo, la norma mantiene su vigencia? Jakobs no aclara suficientemente este punto, limitándose a señalar que dado que el ilícito se ha objetivado, es decir, se ha hecho perceptible, desde su exteriorización, la pena debe seguir la misma regla, es decir, debe objetivarse y ello se logra mediante la privación de algún derecho. No parecen tener una razón de fundamento demasiado sólida quienes plantean esta crítica, dado que confunden dos planos: el material y el ideal. Lo sostenido por ellos en orden a que bastaría con una especie de “conferencia de prensa” donde se deslegitimara la acción del delincuente, desconoce que el delito ha modificado el mundo y por lo mismo, se requiere que la pena reedifique la sociedad, es decir, se necesita volver a mover el mundo para reinstalarlo en su orden social. En la conferencia de prensa sólo se moverían las palabras que hablan del mundo, y si bien esto puede bastar en el plano ideal, no resulta suficiente tratándose del plano material.

El cuarto y último problema que se abordará es el relativo a la culpabilidad. Debemos aclarar, que éste es, precisamente, el problema en el que Jakobs recibe las críticas más duras. Jakobs desarrolla un concepto funcional de culpabilidad<sup>85</sup>, lo que tiene sentido si recordamos la influencia de la teoría sistémica de Luhmann en el pensamiento de Jakobs. Pero ¿qué significa que sea funcional? Que entiende la culpabilidad como atribución preventivo general, entendiendo por ésta, como ya se expresó en el apartado anterior, ejercicio de fidelidad al Derecho. De ahí entonces, que para Jakobs la culpabilidad pueda ser definida como *falta de fidelidad al Derecho* (falta, que en todo caso, es actuada, en el sentido que se exterioriza), falta que debe ser leída como *desautorización* de la norma jurídica. Para este penalista alemán, la culpabilidad es un asunto o cuestión social y, por lo mismo, no puede ser descrita como suceso que ocurre en la psique del autor. Dicho con un ejemplo “cuando un ladrón hurta una cosa que no se encuentra a buen recaudo, y diferenciamos que en función de la falta de seguridad derive una falta de previsión del propietario -entonces, culpabilidad disminuida- o, por ejemplo, de su desamparo producido por un accidente -entonces, mayor culpabilidad-, ello nada tiene que ver con la psique del autor, sino que deriva del contexto social del hecho. Ciertamente, el autor debía conocer el contexto, o éste al menos le debe haber sido cognoscible; pues las normas son administradas (...) de modo descentralizado. Pero es completamente irrelevante que el autor haya llevado a cabo algún tipo de deducción de su conocimiento o que haya vinculado a sus conocimientos algún tipo de consecuencia de motivación: no son sus procesos psíquicos los que fundamentan la culpabilidad,

---

<sup>85</sup> Cfr. Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte...*, pp. 579-584.

sino es el juicio social que la fundamenta”.<sup>86</sup> En definitiva, la culpabilidad debe ser entendida objetivamente como comprobación social de que la comunicación llevada a cabo por el delincuente es errónea o defectuosa y que, por lo mismo, no debe ser seguida por el resto de la sociedad.

En definitiva, como con el delito se ha visto frustrada la expectativa de la comunidad, en la medida que el sujeto que ha provocado tal frustración sea considerado culpable y, por ende, castigado, se permitirá la compensación de dicha frustración, con lo cual se procurará que la sociedad siga confiando en la corrección del sistema jurídico.

Si, tal como entiende Jakobs, el Derecho es un sistema y puede graficarse como una malla de comunicaciones, la culpabilidad sería un nudo que ha sido realizado en un lugar equivocado. Y, que por lo mismo, ha producido un defecto en la red, impidiendo el adecuado funcionamiento del sistema. Por lo tanto, lo que debe establecerse a través del juicio de culpabilidad es si, efectivamente, el autor con su conducta está manifestando una falta de fidelidad al Derecho o, si por el contrario, tal falta de fidelidad no existe. Debido a esto, para Jakobs sólo podrá discutirse la exculpación de un sujeto cuando exista una forma distinta de remediar el conflicto. Por consiguiente, la culpabilidad no es un dato empíricamente verificable, algo que exista o no exista, sino que aquí valdrá tener presente la advertencia de Jakobs según la que “la autonomía se atribuye como capacidad en el caso que resulte funcional, y sólo puede faltar cuando exista la posibilidad de asimilar el conflicto de otra manera”.<sup>87</sup>

Pero ¿por qué se dice que la culpabilidad representa el punto más controvertido de su teoría? Tal vez, la razón más poderosa para criticar la postura que Jakobs asume respecto a este principio, sea que de entenderse éste de acuerdo con un criterio funcional (en atención a criterios preventivos generales), se estaría renunciando a que el principio de culpabilidad funcione como mecanismo restrictivo de la punibilidad. Lo anterior, porque al autor le será atribuida la culpabilidad en la medida que el castigo surja como necesario, según criterios preventivos generales. En consecuencia, en todos aquellos casos en que la sociedad crea ver la necesidad de una pena se imputará la culpabilidad al autor, renunciando, de esta forma, a otro de los criterios dogmáticos esenciales de la culpabilidad, como lo es la prevención especial y los límites impuestos a ella en virtud del Estado de Derecho.<sup>88</sup> Aclaremos un poco más este punto. Tal como explica Roxin<sup>89</sup>, de seguirse la postura de Jakobs, la afirmación o negación de la culpabilidad no dependerá de la persona del delincuente, por lo mismo, tampoco su punibilidad, sino que ellas se establecerán según lo que, presuntamente, sea necesario para el ejercicio de la fidelidad al Derecho. Lo anterior se ve claramente reflejado, en opinión de Roxin, en dos casos planteados por

<sup>86</sup> Jakobs, G. *¿Qué protege el Derecho...*, pp. 58-59.

<sup>87</sup> Jakobs, G. *Schuld und Prävention*. Scientia Verlag Aalen, Tübingen. 1976, p. 17.

<sup>88</sup> Cfr. Roxin, C. *La Evolución de la Política Criminal...*, pp. 51-53.

<sup>89</sup> Cfr. Roxin, C. *Derecho Penal. Parte...*, p. 806.

el propio Jakobs, a saber: a) declarar culpable y por tanto, castigar al delincuente por instinto completamente incapaz de autocontrolarse, mientras la medicina no ofrezca recetas con perspectivas de éxito para su tratamiento y, b) la situación del reincidente, caso en el que si bien reconoce la menor capacidad de éste para la observancia del Derecho, la ignora a la hora de determinar el castigo en atención a razones de carácter social. Puede observarse que Jakobs, de alguna forma, logra explicar su postura, al señalar que dado que no puede tolerarse que la alta intensidad de delincuencia sea remunerada con la indulgencia, las dificultades de observancia del Derecho que puedan comportar lo delitos previos quedan como asunto del sujeto, y no disminuyen por tanto la culpabilidad.<sup>90</sup>

Roxin incluso entiende que, de seguirse el planteamiento de Jakobs, se estaría instrumentalizando al sujeto, ya que éste simplemente sería utilizado como medio para cumplir un fin, cual es la estabilización de la sociedad. Recuerda, además, que la instrumentalización del hombre ya había sido prohibida por Kant, quien veía en ella la violación de la dignidad.<sup>91</sup> Jakobs replica a esta objeción señalando que “se ignora que se trata exclusivamente de la descripción de las condiciones de funcionamiento de la sociedad; una descripción no instrumentalizada, sino que pone de manifiesto instrumentalizaciones existentes desde hace mucho tiempo”.<sup>92</sup> A esto contesta Roxin señalando que, precisamente, lo que resulta cuestionable es que el Derecho actual se base en un concepto tal de culpabilidad que permita la instrumentalización del ser humano.

Finalmente, y a propósito de las críticas que recibe el sistema de Jakobs y dado que en muchas de ellas se señaló que la postura de Claus Roxin podía dar soluciones, debe aclararse que mientras este último, hace tanto dogmática penal como política criminal. Jakobs, en cambio, hace, únicamente, dogmática penal y, por lo mismo, se limita a explicar el Derecho Penal que se encuentra vigente. Jakobs aclara que la sociedad analizada por él es una sociedad determinada, la alemana y por lo tanto, el Derecho Penal analizado es el alemán; agrega además, que su estudio abarca un espacio de tiempo determinado. En consideración a lo recién expuesto, tal vez no sea lo más adecuado comparar el pensamiento de Jakobs con el de Roxin, en tanto, ambos se “mueven” en planos distintos.

---

<sup>90</sup>Cfr. Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte...*, p. 587.

<sup>91</sup> El problema es la posible indefensión en que queda el delincuente ya que -según la prohibición kantiana- es inmoral utilizar al prójimo como medio. Porque el hombre nunca es medio, sino fin en sí mismo. Crítica universalmente aceptada. Es por lo mismo, que tanto para Kant como para Hegel la tesis de la retribución era la adecuada, toda vez que su aplicación no revestía peligro alguno para la dignidad del delincuente, ya que con la pena no se pretendía lograr un determinado cometido en relación con la sociedad, específicamente, no se buscaba lograr la intimidación del resto de la población, sino que lo perseguido era, exclusivamente, castigar al sujeto por el hecho cometido, es decir, la pena se impone como castigo, exclusivamente, porque se ha delinquido.

<sup>92</sup> Jakobs, G. *Das Schuldprinzip*. Scientia Verlag Aalen, Tübingen. 1993, parágrafo 30.

## CONCLUSIONES

El análisis general del pensamiento jurídico-penal de Jakobs ha dejado a la vista del lector lo que creemos constituyen sus rasgos fundamentales. Primeramente, hemos podido constatar que Jakobs es un pensador original, cuya teoría va ganando rápidamente terreno en la cultura jurídica alemana e iberoamericana y, que tanto su concepción penal, como las soluciones que desde el punto de vista de su teoría se siguen para la mayoría de los tipos concretos del Derecho Penal, revisten una originalidad muy notable y atractiva, especialmente, para quien se interese, no sólo por la dogmática penal, sino también, y quizás principalmente, por su fundamento filosófico y sociológico. Y eso es, precisamente, lo que nos ofrece de manera magistral la extensa e intensa obra de Jakobs.

¿A qué se debe entonces, concretamente, la influencia y la autoridad indiscutida de este pensador alemán? El análisis ha demostrado -y ese precisamente fue nuestro propósito- que Jakobs ha sabido inspirar su pensamiento jurídico en las distintas fuentes de la sólida y solvente tradición filosófica y sociológica alemana.

En efecto, esperamos haber dejado, claramente, esbozada la especial y eficaz influencia del pensamiento de Hegel en la concepción jurídico-penal de Günther Jakobs. Hegel había sostenido en su tiempo, que lo único que importa desde el punto de vista del Derecho Penal es que la norma quebrantada sea prontamente restituida y no por razones morales, sino única y exclusivamente por razones jurídicas. El Derecho es un valor colectivo, sin el cual decae la sociedad política y el Estado y, por tanto, no sólo corresponde, sino también se justifica, la apelación a la fuerza organizada y aplicada por el Estado para la restitución del Derecho, en tanto Derecho. Siguiendo este modelo, Jakobs sostendrá, categóricamente, que el Derecho Penal no protege *bienes jurídicos*, sino, principalmente, la vigencia de la norma.

Esta concepción se complementa adecuadamente, con el funcionalismo social de Luhmann, quien ha sostenido (con gran escándalo para la sociología tradicional) que lo que realmente importa en una teoría sociológica no son los individuos, en tanto tales, sino los individuos, en tanto cumplen roles sociales que permiten mantener el funcionamiento de la sociedad como un cuerpo sistemático que mira y aspira, únicamente, hacia el bien común. Una idea que en otra clave -la jurídica- es tomada y desarrollada por Jakobs, al sostener que lo que la sociedad espera de los individuos es que cumplan con el rol social que el Derecho les ha asignado.

El quebrantamiento del rol (o desviación) es el delito y la corrección de éste se hace mediante la pena pública, que consiste, en lo esencial, en el restablecimiento del Derecho y, como consecuencia, en la restitución del rol correcto que cada persona debe desempeñar en la sociedad.

Nuestro trabajo pues, debió haber dejado claro este derrotero, aunque, naturalmente, dada las limitaciones de espacio, ello no ha podido hacerse con toda la extensión y profundidad que el objeto de nuestro estudio hubiese requerido. Con todo, estimamos que hemos cumplido con los objetivos que nos propusimos, de suerte tal que hemos demostrado, de modo razonado, crítico y, en general, el pensamiento jurídico-penal de este influyente pensador alemán.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARRIAGA, EMILIO. La Teoría de Niklas Luhmann. *Convergencia* N° 32, mayo-agosto 2003, ISSN 1405-1435, UAEM, México. Anuarios L/L, edición especial, Instituto de Literatura y Lingüística, Cuba. 2003.
- BAUMANN, JÜRGEN. *Strafrecht im Umbruch*. Darmstad, 1997.
- BINDING, KARL. *Die Normen und ihre Übertretung*. Band I. Scientia Verlag Aalen, Tübingen. 1965.
- BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO. “Algunos Planteamientos Dogmáticos en la Teoría Jurídica del Delito en Alemania, Italia y España”. *Nuevo Foro Penal. Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia*. N° 62. 1999
- BUSTOS, JUAN. *Introducción al Derecho Penal*. Ed. Temis, Bogotá. 1994.
- CARAMUTI, CARLOS. “Ciencias Penales Contemporáneas”. *Revista de Derecho Penal*, N° 1, año I. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza. 2000.
- CERNUSCO, JUAN Y DALMA, GUSTAVO. *Principales Enfoques del funcionalismo Sistémico en la Interpretación de la Norma Penal*. [www.carlosparma.com.ar](http://www.carlosparma.com.ar)
- COFRÉ, JUAN OMAR. “Sobre la legitimación racional de la pena”. *Estudios de Deusto. Derecho*. Volumen 48, julio-diciembre. 2000.
- ETCHEVERRY, ALFREDO. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2004.
- FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM. *Tratado de Derecho Penal Común vigente en Alemania*. Hamurabi, Buenos Aires. 1989.
- HEGEL, GEOGR. W.F. *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*. Ediciones Siglo Veinte. Buenos Aires. 1987.
- HORMAZÁBAL, HERNÁN. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Ed. Jurídica Conosur, Santiago. 1992.
- JAKOBS, GÜNTHER. *La Ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente*. Universidad Externado de Colombia. Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 24. 2000.
- Injerencia y Dominio del Hecho. Dos estudios sobre parte general del Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 21. 2001.
- La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 13. 1998.
- La Imputación Penal de la Acción y de la Omisión*. Universidad Externado de Colombia. Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 12. 1998.
- Acción y Omisión en el Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 23. 2000.

- Sobre la Teoría de la Pena.* Universidad Externado de Colombia. Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 16. 1998.
- ¿Ciencia del Derecho: Técnica o Humanística?* Universidad Externado de Colombia. Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 14. 2001.
- Fundamentos del Derecho Penal.* Ad-Hoc, Buenos Aires. 1996.
- ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza. 2002.
- Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional.* Civitas Ediciones, Madrid. 2000.
- Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación.* Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid. 1997.
- Schuld und Prävention.* Scientia Verlag Aalen, Tübingen. 1976.
- Das Schuldprinzip.* Scientia Verlag Aalen, Tübingen. 1993.
- KANT, INMANUEL. *La Metafísica de las Costumbres.* Ed. Tecnos, Madrid. 1994.
- KLUG, ULRICH. “Abschied von Kant und Hegel”. AA.VV. *Programm für ein neues Strafgesetzbuch.* Fisher, Frankfurt am Mein. 1968.
- LASCANO, CARLOS. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.* Ed. Advocatus, Córdoba. 2000.
- LUHMANN, NIKLAS. *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría.* Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona. 1990.
- Introducción a la Teoría de los Sistemas.* ITESO-Antrophos, Barcelona. 1996.
- Fin y Racionalidad en los Sistemas.* Editora Nacional, Madrid. 1983.
- Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1983.
- LUHMANN, NIKLAS Y DE GEORGI, RAFFAELE. *Teoría de la Sociedad.* UIA -U de G-ITESO, México D.F. 1993.
- MARÍAS, JULIÁN. *Historia de la Filosofía.* Revista de Occidente, Madrid. 1966.
- MAURAUCH, REINHART Y ZIPF, HEINZ. *Derecho Penal. Parte General.* Editorial Astrea, Buenos Aires. 1994.
- PARMA. CARLOS. *El pensamiento de Günther Jakobs. El Derecho Penal del siglo XXI.* Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza. 2003.
- REYES, ALFONSO. *Derecho Penal.* Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá. 1996.
- ROXIN, CLAUDIUS. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.* Ed. Civitas, Madrid. 1997.
- La Evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal y el Proceso Penal.* Tirant lo Blanch, Valencia. 2000.

TALE, CAMILO. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Ediciones Alveroni, Córdoba. 1995.

VIVES ANTÓN, TOMÁS. *Fundamentos del Sistema Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia. 1996.

VON LISZT, FRANK. *Tratado de Derecho Penal*. Reus, Madrid. 1988.