

CDJF Pura + 13/11

- VII. *La contradefensa automática. De la licitud de la defensa ofensiva con dispositivos automáticos de protección,* por Karl-Ludwig Kunz
- IX. *¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia del ordenamiento jurídico?*, por Rafael Alcácer Guirao
- X. *El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos: Las causas de levantamiento de la pena,* por Patricia Faraldo Cabana
- XI. *Participación del delito e imprudencia,* por Ricardo Robles Planas
- XII. *Algo más sobre la teoría de la pena a propósito de la reforma constitucional,* por Marcelo Alfredo Riquert
- XIII. *Crítica actual al concepto funcionalista-sistémico de culpabilidad,* por Daniel Eduardo Rafecas
- XIV. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Régimen penal y contravenacional. El instituto del actuar en nombre de otro incluido en el Código Contravenacional de la Ciudad de Buenos Aires. Similitudes con España y Alemania,* por Marcelo Pablo Vázquez
- XV. *Sistema penal y transición a la democracia en México: Bases para su análisis y tendencias,* por Alejandro González Gómez
- XVI. *Delito y pecado desde la perspectiva del delito imposible y de las llamadas exhibiciones obscenas,* por Laura Marcela Marrazzo y Sergio A. Paduozak
- XVII. *Releyendo a Beccaria,* por Norberto F. Frontini
- XVIII. *La política, los medios y la destitución de un juez,* por Carlos Alberto Elbert y Sergio María Orbones
- XIX. *La pena de multa en Costa Rica,* por Alonso Salazar

1

**¿QUÉ PROTEGE EL DERECHO PENAL. BIENES JURÍDICOS O LA VIGENCIA DE LA NORMA?\***

GONTER JACOBS\*\*

**1. La doctrina dominante: lesión de un bien jurídico versus infracción moral**

De acuerdo con una extendida opinión, que incluso es doctrina dominante, el derecho penal sirve para la protección de bienes jurídicos. Con ello se quiere decir más o menos —más adelante se mostrarán algunas especificaciones— que existen bienes previos al derecho penal, como, por ejemplo, la vida, la salud, la propiedad, y, según la opinión de la mayoría de los autores —aunque no de todos—, además el funcionamiento de los órganos del Estado, y que el derecho penal debe garantizar la intangibilidad de esos bienes; dependiendo de la teoría de la pena que se siga, esta garantía puede ser de muy diversa índole: los defensores de la prevención especial quieren evitar que el autor lleve a cabo ulteriores hechos, los representantes de la prevención negativa persiguen la intimidación de otros autores potenciales, y la versión que es hoy la habitual, la prevención general positiva, considera que lo decisivo es que una constante punición de los hechos en cuestión produce el efecto de fortalecer en

\* Título original: "Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?" (Manuscript). Traducción de Manuel Cancho Meña (Universidad Autónoma de Madrid).

\*\* Universidad de Bonn.

la población la convicción de que los bienes son intangibles, o, al menos, el efecto de que esta convicción no se erosione. Fuera como sea, en todo caso, partiendo de esta perspectiva, el derecho penal está al servicio de la protección de bienes, que por ello se convierten en bienes jurídicos.

A la afirmación positiva de que el derecho penal sirve a la protección de bienes jurídicos se suele vincular una afirmación negativa: las meras infracciones morales, se dice, no lesionan bien alguno y por ello no deben ser penadas, y por esta misma razón se afirma que la moral en sí misma —ya que una vulneración de ésta no afecta a nadie— debe quedar excluida como bien. El ejemplo principal en este contexto suele serlo el de la actividad homosexual entre personas adultas: *volenti non fit iniuria*, y, por lo demás, nadie queda lesionado.

## 2. La delimitación de la protección jurídico-penal de bienes jurídicos

Si se examina esta concepción —que con lo dicho hasta ahora sólo ha quedado esbozada a grandes trazos— con algo más de detalle, pronto aparecen algunas peculiaridades que necesitan de explicación. Si se incluyen todos los bienes que deben ser protegidos de modo incondicionado, es decir, sin límite alguno, entre los bienes jurídicos, pronto se constata que en la gran mayoría de las ocasiones perecen de un modo que no le interesa al derecho, especialmente al derecho penal, ni lo más mínimo. Los seres humanos mueren por las afectaciones que sus órganos presentan inevitablemente al alcanzar una edad avanzada, o sucumben a graves enfermedades; hay náquitnas 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?

Evidentemente, tal discurso no es precisamente adecuado a la materia, y por ello se objetará que el carácter perecedero de todos los bienes sólo tiene algo que ver con el derecho en la medida en que las personas deben respetarlos; se dirá, entonces, que la relevancia jurídica de los bienes es relativa, referida sólo a una determinada puesta en peligro. Visto de este modo, el dere-

cho penal ya no garantiza la existencia de los bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen esos bienes, y, corresponsable y únicamente en esta medida se tratará de bienes jurídicos, por lo demás, de meros bienes que pueden perecer. Esto nos conduce a una concepción más coherente: la muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un bien jurídico; el automóvil carromodó por la corrosión es un bien que desaparece, su destrucción intencional da 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.

Partiendo de esta perspectiva, también se obtiene una concepción coherente del ordenamiento jurídico: el derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino el derecho es la estructura de la relación entre personas. Por lo tanto, el derecho penal como protección de bienes jurídicos significa (en todo caso) que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona.

## 3. Bien jurídico y norma

Si se considera esta primera pequeña conclusión provisto-nal con algo más de detalle —una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona a esos bienes—, se percibe que en lugar de la afirmación de que el derecho penal persigue la protección de bienes jurídicos, también puede formularse —con mayor corrección, como se verá— que el derecho penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes.

¿Es ésta una mera reformulación? A primera vista, parece que no hay nada más que eso; pues ya que la expectativa se dirige hacia la circunstancia de que no se atacarán los bienes, parece que en última instancia todo acaba en la protección de bienes jurídicos. Hagamos un examen más exacto: hay un bien, por ejemplo, la propiedad, y éste no debe ser lesionado. El titular del bien puede permitir su destrucción; si el bien está en peligro, no sucede que todos deban ayudar al titular a salvarlo; únicamente se pretende que no tenga lugar la destrucción o la sus-

tracción del bien. Por lo tanto, desde el punto de vista del derecho penal, el bien aparece exclusivamente como pretensión del titular de que éste sea respetado, dicho de otro modo, desde el punto de vista del derecho penal el bien no ha de representarse como objeto físico o algo similar, sino como norma, como expectativa garantizada; y es que cualquier otra cosa sería muy extraña: ¿cómo iba a poder representarse el derecho en cuanto estructura de la relación entre personas, es decir, el derecho como espíritu normativo, en un objeto físico?

#### 4. *Deberes en instituciones especiales*

El derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos. En este punto, los representantes de la tesis de la protección de bienes jurídicos objetarán que ello de ningún modo debe ser una contraposición; por el contrario, dirán, lo decisivo es limitar el derecho penal a la protección de la vigencia de aquellas normas que prohíben afectar a un bien, y deslegitimar las demás normas, y, especialmente, aquellas que se caracterizan por proteger determinadas convicciones morales. Sin embargo, no es posible ordenar al derecho penal en función de un esquema tan sencillo, bien *versus* moral; pues los bienes —ya que hablamos de ellos— presentan determinadas condiciones de supervivencia sin las cuales no pueden ser usados, y también habría que proteger esas condiciones de subsistencia. Dicho con un ejemplo: sólo en un Estado con una administración de justicia segura podrá haber propiedad segura, precisamente por ello, Kant sostuvo que es lícito obligar a cualquiera a integrarse en una sociedad con una constitución de libertades. Por ello, es necesario proteger a la administración de justicia frente a los cobehchos, a las prevaricaciones, etc. Pero cuando un juez comete prevaricación, no ha lesionado un bien existente en perfección e independiente de él con la denominación "correcta administración de justicia", sino que no ha generado aquella administración de justicia que debe existir.

Si se quiere, esto aún puede ser relacionado con la teoría de los bienes jurídicos, diciendo que el juez habría dejado de participar en contra de su deber, en la constitución del bien jurídico "correcta administración de justicia"; sin embargo, con toda certeza es más adecuada a la materia la formación de que el juez ha abandonado su rol, es decir, que ha lesionado las expectativas

vas que existían frente a él en cuanto titular de un determinado rol.

El ejemplo mencionado de ningún modo se refiere a una situación excepcional. Siempre que el autor no actúa en el papel de "cualquiera", que sólo tiene el contenido negativo de que no debe lesionar a otros, sino cuando actúa cumpliendo un rol con contenido positivo, es decir, con el contenido de configurar al menos en un determinado campo con otro un mundo común, ocuparse de él, no sólo no empeora su situación, sino también mejorarla, esto es, como funcionario, padre, madre, tutor, administrador de bienes, etc., tiene el cometido de realzar una institución, y por ello la denominación de lesión de un bien jurídico es completamente inadecuada para tales infracciones de deber. Un policía que da una paliza a un ciudadano lesiona la salud de su víctima; esto se puede denominar, ciertamente, lesión de un bien jurídico. Pero su infracción de su rol específicamente como policía no queda designado de este modo, en todo caso, no de manera adecuada; materialmente se trata de una infracción del deber especial de participar en la realización de una policía íntegra.

Lo que sucede es que la imagen de la sociedad como acumulación de sujetos poseedores de bienes es gravemente incompleta. Si bien es cierto que la sociedad puede mostrarse en una determinada atribución de los bienes —no pretendo ponerlo en duda—, ello sólo sucede en determinados sectores. Junto con el ordenamiento en función de la posesión de bienes, que implica para los demás el deber negativo de no lesionar tales bienes, existe aquel de las instituciones positivas, es decir, que los padres han de ocuparse de sus hijos, que los jueces deben pronunciar sentencias justas, y no injustas, que la policía debe prevenir delitos y perseguir a los delincuentes, que una confianza especial, como la que existe cuando se asume la administración de un patrimonio ajeno, no sea defraudada, que el servicio estatal de emergencias esté en condiciones de operar en caso de necesidad, etc. La lista de instituciones positivas de una sociedad más o menos desarrollada probablemente no sea más corta que la de los bienes que en ella se protegen, y la suposición de que como en un sector parcial del derecho penal de hecho aparecen bienes, todo el derecho penal ha de estar en el contexto de la protección de bienes no puede justificarse de ninguna de las maneras.

### 5. El rol general de la persona

Más aún: incluso en aquella medida en que la sociedad es susceptible de ser representada a través de la posesión de bienes, es poco adecuado desde el punto de vista del derecho penal tomar como punto de referencia primario la lesión del bien; por el contrario, también aquí resulta más adecuado buscar la referencia a la infracción de un rol. Ello por la siguiente razón: la moderna teoría del comportamiento no permitido como parte de la teoría de la así llamada imputación objetiva ha mostrado que no existen prohibiciones genéricas de lesión, del mismo modo que no hay mandatos genéricos de salvación, sino que, por el contrario, tales normas siempre afectan a personas competentes, siendo competente, precisamente, aquel de cuyo rol forma parte el no lesionar (o el salvamento). Cuando se pierde un bien y son varias las personas las que han causado la pérdida (o podrían haberla evitado), la pérdida puede ser atribuida de distintos modos, dependiendo del contexto social, a las personas; puede que la competencia corresponda a la propia víctima; en tal caso, ha actuado a riesgo propio, y cuando la víctima es la única persona competente, los demás han desempeñado correctamente su papel como personas fieles al ordenamiento jurídico. Puede que la competencia corresponda a otra persona, y ello significa, en la medida en que sea la única competente, de nuevo a que la víctima no ha abandonado el rol de una persona cuidadora con sus propios bienes y las terceras personas no han quebrantado su papel de ciudadanos respetuosos con el derecho. También puede suceder que sea competente un tercero; y esto no lo temían que tener en cuenta ni los demás ni la víctima. Finalmente, puede ocurrir que nadie haya cometido un error; en tal caso, se trata de una desgracia, *casum sentit dominus*, y no quedan afectadas expectativas de carácter normativo. Responsabilidad de la víctima, de otro sujeto, de un tercero, desgracia; éste es el *numerus clausus* (prescribiendo de la competencia conjunta) de las modalidades de procesamiento de la pérdida de un bien.

Por consiguiente, la causación de la pérdida (o la posibilidad de su evitación) *per se* nada significa nada respecto de la competencia por esa pérdida. Dicho con un ejemplo: 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 cualesquiera razones

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). Quien no hace nada que contradiga su rol (legal), tampoco defrauda una expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado, cuando adquiere relevancia causal respecto de la lesión de un bien.

Para ello, el contenido del rol queda determinado por los institutos de la imputabilidad objetiva.—dicho con mayor exactitud, de la teoría de la conducta no permitida.—, que entretanto han sido objeto de un desarrollo que ha quedado condensado del siguiente modo: quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido, permanece dentro de su rol; quien presta una contribución a quien actúa a riesgo propio, también; quien realiza una prestación estereotipada y no se adapta a los planes delictivos de otras personas, no participa criminalmente en la ejecución de esos planes, existe una prohibición de regreso; e igualmente permanece en el rol del ciudadano fiel al derecho quien, por ejemplo, en el tránsito viario, confía en que los demás se conducirán a su vez de modo correcto; principio de confianza. En conclusión, no es tan importante la configuración concreta de los distintos institutos—que se superponen con frecuencia— como el hecho de que en el comienzo del mundo normativo, precisamente, no sólo hay posesión de bienes, sino también, con igual carácter originario, ámbitos de responsabilidad; por consiguiente, no se espera de todos y cada uno que evite toda lesión de un bien, sino, precisamente, sólo de aquel al que ello le incumbe, y en esa medida sólo el ciudadano suficiente por aquello que le compete. Si se formula la conclusión alcanzada de modo tradicional conforme a una teoría de los imperativos, el mandato no puede rezar "no causes la lesión de un bien", sino debe decir "no quebrantes tu rol como ciudadano fiel al derecho", y esto, en el caso de los deberes que corresponden a todos, "no quebrantes tu rol como alguien que no lesiona".

Y es que "no lesionar" no significa jurídico-penalmente "no adquirir relevancia causal para una lesión", sino "no ser competente por una lesión". Añadiré a esto de nuevo un ejemplo: mi vecino desea que le preste mi hacha, muy pesada y afilada, para, como dice, cortar algunas ramas inferiores de unos pequeños árboles. Le advierto que el utensilio es inadecuado a tal efecto, que existe el riesgo de que se golpee el pie con el hacha. Mi veci-

no rechaza toda curatela; le entrego el hacha y contemplo cómo se muilla de acuerdo con mis previsiones. La lesión no me incumbe, ya que mi vecino ha actuado a riesgo propio, dicho de otro modo, porque no forma parte de mi rol someter a tutela a una persona responsable.

Ahora bien, los partidarios de la teoría de la protección de bienes jurídicos probablemente no pondrán en duda, en su mayoría, la conclusión alcanzada; incluso reconocerán los mencionados institutos para la determinación del comportamiento no permitido; pero arguirán que el principio de autorresponsabilidad es necesario para no recortar en demasía la libertad general de acción, ya que ésta, a su vez, es un bien de gran valor, para cuya optimización habría que asumir algunas puestas en peligro y lesiones de la integridad corporal, de la vida, de la propiedad, etc. No pretendo entrar aquí en la discusión acerca de si estas suposiciones son correctas; al menos hay algunos elementos que indican que los ordenamientos edificados sobre la autorresponsabilidad producen en algunos sectores —por ejemplo, en lo que se refiere a las personas más débiles— considerables pérdidas de bienes. Sea como fuere, el reconocimiento de la atribución de responsabilidades en función de la teoría de la imputación objetiva es, se quiera o no, el reconocimiento de un orden establecido en función de roles, esto es, en función de las relaciones entre personas, y esto significa a su vez, en función de determinadas expectativas normativas, es decir, en función de normas que no son a su vez bienes de personas determinadas.

### 6. *Conclusión provisional*

Las conclusiones alcanzadas hasta el momento son las siguientes: los bienes en todo caso son bienes jurídicos de modo relativo, es decir, en relación a una determinada conducta de otra persona, espiritualizándose, como ha quedado mostrado, con ello ya el bien en norma; además, en esta medida la otra persona no puede caracterizarse exclusivamente como no-titular de un determinado bien, sino, dependiendo del contexto social, como una persona a la que le compete o no compete la evitación de la lesión de un bien. Y es que el orden social no puede definirse exclusivamente a través de bienes; junto a ello, con igual carácter originario, han de considerarse los roles de las personas. Ello adquiere aún mayor claridad en las personas que

están obligados por una institución a prestar un apoyo positivo. Si quebrantan su rol, ello no puede ser aprehendido correctamente en cuanto lesión de un bien; en todo caso cabe formular que han obviado la creación de un bien.

Así las cosas, parece poco fructífero seguir intentando encontrar lo específico del derecho penal en la protección de bienes, con lo que, sin embargo, no se pretende afirmar que el concepto del bien jurídico carezca de sentido jurídico-penal; tiene su justificación parcial, pues una relación personal puede obtener su caracterización esencial por el hecho de que contiene una relación hacia el titular de un bien o una relación entre titulares de bienes. Pero es que esto no es todo, y sólo adquiere una configuración operativa mediante las normas que fijan los roles de las personas intervinientes.

### 7. *¿Lesión de un bien jurídico versus infracción moral?*

Queda por analizar qué significa la afirmación de que la vinculación del derecho penal supone la garantía de un doble contenido liberal: por un lado, se dice, que el derecho penal se limita al castigo de lesiones de bienes, estas entendidas como contraposición a las meras infracciones morales, y, por otro lado, que se limita a la lesión de bienes, o al menos a comportamientos próximos a la lesión, eliminando de este modo las meras puestas en peligro abstractas.

En lo que se refiere a la contraposición entre lesión de un bien e infracción moral, una breve consideración de las condiciones históricas del orden social enseña que los límites abstractos poco aclaran, como se muestra a continuación con un ejemplo: que el legislador histórico en Alemania castigara el adulterio, mientras que el legislador de la actualidad lo deja impune, no se debe a que el legislador histórico pensara que debía castigar meras infracciones morales, es decir, tales infracciones por sí mismas. La canalización de la sexualidad y la vinculación de la sexualidad con una reproducción ordenada genera problemas para toda sociedad, problemas que en cada caso sólo pueden ser resueltos en función del estado de cosas. Cuando las condiciones de producción —de la pequeña burguesía, de los artesanos, de los campesinos, en parte también de los obreros— están configuradas de tal modo que una persona sola sólo difícilmente puede parti-

cipar de ellas, y además la crianza de los hijos por personas solas es difícil o imposible, una sexualidad libre y sin vínculos necesariamente es indeseada, y el matrimonio es un bien. Que bajo las actuales condiciones de la sociedad occidental posindustrial —producción en abundancia, contracepción segura, etc.— este bien necesariamente hubo de degenerar desde un bien a reconocer *jurídicamente* hasta convertirse en un residuo valorativo de carácter moral era tan inevitable como era obligada su antigua posición en cuanto bien jurídico. La situación no es distinta en lo que se refiere a la homosexualidad. Una sociedad configurada por la jerarquía de hombres, como, por ejemplo, el ejército prusiano, no puede permitirse que se reconozca una relación que por principio tiene el carácter de quebrar las jerarquías —y ésta es la relación sexual— sea reconocida generalmente, y ello menos en una época que canaliza incluso las actividades heterosexuales hacia el matrimonio. Además: una sociedad en la que el rey aún reina por la gracia de Dios y la bendición de Dios es considerada por amplios sectores como poderosa, ha de declarar con esta concepción, su infracción puede comportar desventajas sociales concretas.

Dicho de otro modo: un legislador que no esté persiguiendo la opresión de los ciudadanos —y con otros de todos modos no se puede hablar— nunca protegerá la moral *per se*, sino, en todo caso, determinados contenidos cuando la sociedad los necesita para su mantenimiento o los crea necesitar, pudiéndose decir sin que ello sea forzado —por razón de esa necesidad— que esos contenidos son un bien.

Esto no es todo; el asunto de la protección de la moral es aún más complicado. Aquello que es moralmente divergente puede ser lo inquietante, lo que choca. Toda sociedad necesita para su evolución empujones, incluso choques, lo que, sin embargo, no significa que pueda tolerar una cantidad infinita en todo momento. Quien así lo desee, puede decir que la sociedad necesita un bien que consiste en no ser confrontada con lo que se considera incorrecto. En este sentido, también el moderno derecho penal alemán, si se procura tener una visión sin prejuicios, conoce una serie de delitos en los cuales es la irritante incorrección de la conducta la que constituye la razón de la prohibición, sin que pudiera identificarse otro bien fijo; así, por ejemplo, en las prohibiciones del maltrato de animales (§ 17, Ley de Protección

de Animales), las injurias a confesiones religiosas (§ 166 StGB = Strafgesetzbuch, Código Penal), el incesto (§ 173 StGB), el exhibicionismo (§ 183 StGB) o el escándalo público (§ 183<sup>a</sup> StGB). Entre las infracciones mencionadas, próximamente desaparecerá probablemente el delito de incesto; la justificación será que no concurre una lesión de un bien, y habrá quien se preguntará extraño cómo esto pudo dejar de reconocerse en el pasado; sin embargo, mientras la sociedad aún necesitaba una familia estructurada, la confusión del rol familiar —más allá del matrimonio— con el del un compañero sexual lesionaba un bien, precisamente, la clara estructuración de la familia.

En conclusión, la contraposición de lesión de un bien y lesión infracción moral da lugar a espigar de vez en cuando el derecho penal para comprobar si no hay algunos bienes que se han marchitado. Por lo demás, esta contraposición, en su abstracción, no aporta nada, especialmente, carece de un contenido genuinamente liberal.

### 8. La seguridad como bien

Pasemos ahora a los requisitos de la lesión del bien. En lo principal, se trata de evitar que el legislador vaya amenazando con pena criminal cada vez más puestas en peligro abstractas, y de obligarle a contentarse con la penalización de consumaciones materiales y sus correspondientes tentativas. De hecho la maraña de la anticipación del delito es en el derecho penal moderno un problema, a cuya génesis, sin embargo, no es ajena la tesis del derecho penal como protección de bienes jurídicos: si de lo que se trata es de la protección de bienes jurídicos, entonces, esta protección se querrá efectiva, y desde esta perspectiva no se entendería la renuncia a penalizar las conductas generadoras de un peligro abstracto. Si en el contexto de la lesión de un bien en cuanto presupuesto de la pena se coloca el centro de gravedad en el bien, queda abierta la cuestión de por qué razón ha de esperarse hasta que se produzca la lesión. Esta cuestión se cierra, sin embargo, si los titulares de los bienes son relacionados entre ellos en cuanto personas (y no sólo a sus bienes); entonces, se trata de las normas que les atribuyen el rol de no-lesionantes, pero se trata de normas, y ya no, al menos ya no exclusivamente, de bienes.

En lo que se refiere a las normas, ciertamente que el deber de no adquirir competencia por una lesión ocupa el primer lugar.

Pero en una sociedad que sea a la vez una sociedad de libertades y que haga posibles los contactos anónimos, esto no puede ser suficiente, y ello por la siguiente razón: si se pretende que la sociedad tenga una configuración de libertades, no se puede prescribir todo acto a realizar, sino que el legislador ha de contentarse con la indicación de unos objetivos y confiar por lo demás en la autodirección de las personas, dicho de otro modo, ha de permitir que la consecución de los objetivos se administre de modo descentralizado, por parte de la persona. Dicho con un ejemplo: el legislador determina que todos han de desempeñar el papel de una persona que no mata, pero la ejecución del programa se deja a cargo de las personas. Sin embargo, éstas —también a causa de las libertades— tienen ideas muy divergentes acerca de cuáles es el contenido del rol; dicho con un ejemplo, muchos consideraran que conducir un automóvil en estado de ebriedad es inocuo, mientras que otros lo consideraran un homicidio en potencia; más de un constructor de edificios pensará que las normas dictadas por las autoridades urbanísticas son superfluas, mientras que un especialista en estética pensará que su infracción es un homicidio potencial; dicho de otro modo, existen muy diversas valoraciones del riesgo, y ello tanto en lo que se refiere a la dimensión de ese riesgo como a la relevancia de una determinada dimensión de riesgo una vez reconocida. Brevemente: hay gente consciente del riesgo y gente arrojada.

En una sociedad que hace posibles contactos anónimos —piénsese sólo en el tráfico rodado con su alto grado de anonimato y con su igualmente elevado nivel de errores— es imposible tomar en consideración la visión del riesgo de la persona con la que uno se encuentra en cada caso, pues ésta es, precisamente, anónima. Dentro de una familia se puede conocer cómo administran los demás los riesgos, y, en caso de necesidad, "ponerse a cubierto"; en una sociedad anónima esto queda excluido. Por ello, el legislador ha de ocuparse de que el comportamiento, a pesar de las valoraciones individuales divergentes, se conforme de acuerdo con máximas iguales para todos, lo que significa que el legislador ha de asumir finalmente, aquí sí, la administración centralizada de los objetivos, es decir, establecer en qué modalidades de conducta alguien ya está desempeñando el papel de un homicida, aunque ese alguien individualmente tenga otra opinión. Por ello, el legislador dispone que está prohibido conducir un automóvil en estado de

ebriedad, impedir edificios que sirven de vivienda, etc., todo ello prohibiciones de riesgos abstractos.

De hecho, los representantes de la teoría de la protección de bienes jurídicos no aborrecen por principio de tales prohibiciones, sino sólo en cuanto estén provistos de penas criminales; a causa del carácter abstracto del peligro, se dice, la modalidad de reacción ha de ser de menor intensidad que la pena criminal. Esta argumentación puede ser combatida con éxito. Una suficiente seguridad cognitiva es una condición necesaria para poder disfrutar los bienes. Sin tal seguridad, los bienes no son "buenos", y por ello se ha formulado que la seguridad es, a su vez, un bien jurídico. Por lo tanto, entre la existencia de la seguridad y la del bien no existe ni en el plano lógico ni en el valorativo una diferencia. Con ello, sin embargo, no se mantiene que cualquier pequeña perturbación de la seguridad cognitiva sea un delito, de igual modo que tampoco cualquier lesión de un bien mínimo debe ser convertida artificialmente en delito.

Aquí sólo se ha esbozado una justificación de los delitos de peligro abstracto respecto de una clase de tipos, aquellos mediante los cuales se estandariza el contenido del rol de la persona que no lesiona. No entraré en otras clases de tipos por razones de tiempo, pero parece claro que hay otras clases susceptibles de ser legitimadas, como, por ejemplo, la prohibición de la producción de material delictivo prototípico, es decir, de moneda falsa, armas, pasaportes falsos, estupefacientes, etc. En todo caso, no puede mantenerse la afirmación de que en el ámbito de lo criminal sólo entran la lesión de un bien y la tentativa de lesión. Respecto de estas cuestiones ha de volver a destacarse que la legitimación de los delitos de peligro abstracto en cuanto infracciones criminales acabada de esbozar no significa que todo lo que aparece en el Código Penal siempre sea legítimo.

### 9. El medio ambiente intacto como bien

La teoría de la lesión de bienes jurídicos también plantea objeciones frente a bienes jurídicos modernos, llamados de amplia superficie, especialmente en el caso de los delitos para la protección del medio ambiente. Sin que aquí sea posible entrar en los detalles, acotaré al menos lo siguiente:

La sociedad es una sociedad económica, lo que no significa que también sea una sociedad económica, sino que lo es princí-

palmente. En caso de duda, el sistema "economía" se impone frente a todos los demás; poner en peligro el crecimiento económico se considera un grave desafío, comparable a una conducta que provoque la ira de los dioses, y la competencia económica sustituye la de las naciones; quien es derrotado no sólo es considerado incapaz en un determinado sector, sino que es marginado por completo.

El éxito de la conducta económica se decide en el mercado, es decir, en competencia, siendo aquel el que obtiene el mejor resultado el que aprovecha todas las posibilidades existentes de configurar su oferta de modo ventajoso; más aún, cualquier infracción de reglas cuyo respeto cueste algo, proporcionalmente una ventaja competitiva. Mientras el aprovechamiento de todas las posibilidades, o incluso de la infracción de reglas, no sean recompensadas a la larga por el mercado, no se generan diferencias de principio. Dicho con un ejemplo: los productos que están justo por encima del estándar que todavía, justo se considera admisible sólo pueden venderse, a la larga, como productos de baja calidad y baratos, y los productos con defectos de seguridad a la larga desaparecerían del mercado aunque no hubiera responsabilidad por el producto. Pero si el aprovechar al máximo de los límites existentes, o incluso rebasarlos, no afecta negativamente al potencial adquisitivo, porque las desventajas—de modo real o imaginario— recaen en la colectividad o al menos en personas distintas de los adquirentes, el mercado favorece una oferta especialmente ventajosa. Y por ello en estos casos existe una necesidad permanente de hacer uso de los límites máximos de lo permitido y de asumir aquellas infracciones que pueden ser ocultas.

Así las cosas, el desarrollo de estándares de respeto a así llamados bienes colectivos—a diferencia, por ejemplo, de lo que sucede con los estándares denominados "reglas de la técnica"—no pueden ser dejados a disposición del mercado mismo; pues el titular de esos bienes, a diferencia del sujeto afectado por las reglas de la técnica, no está presente en el mercado. Por consiguiente, los estándares deben ser impuestos al mercado desde fuera, lo que por una doble razón no puede suceder por medio de cláusulas generales. En primer lugar, los tribunales carecerían de los conocimientos técnicos necesarios para su concreción, y, en segundo lugar, todo autor aduciría en cada concreción que no podía prever tal determinación. Por el contrario, los estándares deben ser establecidos de modo no elástico como permiso indivi-

dual exactamente delimitado o como valor límite exacto con vigencia general.

Por lo tanto, es imposible evitar los preceptos accesorios del ordenamiento administrativo tal y como aparecen principalmente en los delitos contra el medio ambiente, y queda el problema de si la infracción de las instrucciones jurídico-administrativas cumple un tipo penal. Con carácter general es seguro que esta cuestión no puede contestarse afirmativamente, pero es igualmente seguro que en el presente contexto sí: se trata del reparto de recursos escasos, es decir, de la pureza del agua, el aire, el suelo, etc., y quien actúa contra el ordenamiento de reparto, no sólo contradice la administración, sino que toma lo que no le corresponde, roba a la generalidad—relativa—pureza del medio ambiente. Sólo en aquellos casos en los que exista, sin discrecionalidad de la administración, un derecho a la asignación, puede hablarse de un delito contra la administración pública; por lo demás se trata de delitos contra recursos que si bien son administrados, precisamente, por la administración, no se agotan en intereses de ésta, incluso no pueden ser representados razonablemente como tales. Dicho con una formulación extrema: quien contamina las aguas sin autorización o deposita residuos o lleva a cabo conductas de esta índole, se conduce como quien tal, sin tener derecho a ello, árboles en el bosque comunal; es un ladrón de propiedad común. Las extendidas dudas sobre la legitimidad de los delitos contra el medio ambiente, por tanto, así cabe esperar, no deberían imponerse.

### 10. Bien jurídico y política legislativa

Si lo decisivo es la protección de normas, y no de bienes predados, entonces, según reza la objeción principal, puede protegerse cualquier orden normativo, sin consideración de su contenido, por medio del derecho penal; el derecho penal, por consiguiente, perdería su potencial crítico. Esta objeción es errónea porque tampoco la teoría de la protección de bienes jurídicos conoce potencial crítico alguno: lo que no existe no puede perderse. Ciertamente, algunos de los representantes de esta doctrina creen disponer de un punto de partida para la crítica del legislador porque la protección del derecho penal—de modo mediato o inmediato—habría de servir a los bienes jurídicos de la persona y especialmente a su libertad. Se dice, por tanto, que



sería imposible convertir en bien jurídico la protección del Estado *per se*, la existencia de un determinado partido o incluso la pureza de una raza humana. Por muy simpáticas que puedan resultar estas opciones políticas, no mantienen relación más intensa con la teoría del bien jurídico que con la de la protección de normas; también desde esta perspectiva se puede optar políticamente por normas para la regulación de la vida libre de personas, teniendo entonces el mismo punto de partida crítico del cual se vanagloria la teoría de la protección de bienes jurídicos, pero se trata de un punto de partida político, no científico. No hay nada más que decir al respecto.

### 11. *Lesión de la vigencia de la norma y pena*

En esta última parte intentaré esbozar la relación entre protección de la norma y pena. Comienzo con la trivial constatación de que la pena nunca ha recompuesto un bien jurídico lesionado. Seguro que nadie tiene una opinión distinta al respecto, y por ello la pena es vinculada a eventuales *futuras* lesiones de bienes: *ne peccetur*. Pero, ¿y si se utilizara la pena para reparar aquel daño que si es susceptible de eliminar?

Las normas son la estructura de la sociedad; dicho de otro modo, son la regulación del contenido de aquellas relaciones entre personas que pueden ser esperadas y con cuyo contrario no hay que contar. Puesto que se trata de las relaciones entre personas, y no sólo de un individuo y su situación individual, las normas son un asunto social, y su estabilización es estabilización de la sociedad. Esto no significa en absoluto que los sujetos se sacrifiquen a la sociedad, pero sí que no son ellos en cuanto peculiaridades lo que resulta decisivo, sino ellos con su posición en el edificio de la sociedad, esto es, en cuanto personas. Quien quiere vivir como personaje privado y aislado, pero pretende disfrutar de una protección jurídico-penal socialmente organizada, no sabe lo que quiere.

Para que la sociedad no sólo exista de modo imaginario, sino realmente, sus normas han de tener vigencia. Esto no significa que todo quebrantamiento de la norma lleve a la sociedad violentamente de la realidad hacia lo meramente imaginario; por el contrario, una norma puede tener vigencia cuando es infringida, más aún, que el quebrantamiento de la norma sea entendido como *quebrantamiento de la norma* y no como algo indiferente.

demuestra a su vez ya la vigencia de la norma. Una norma rige mientras a grandes rasgos pueda seguirse como válida, y el quebrantamiento de la norma no, dicho de otro modo, mientras ella y no el *quebrantamiento* de la norma configure la estructura de la sociedad.

De acuerdo con el entendimiento de la teoría de los sistemas, al que sigo en este punto, la sociedad es comunicación. Desde esta perspectiva, por ejemplo, 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 deber respetar el cuerpo y la conciencia de la víctima como elementos de una persona, sino de poder 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 delinuyente, falta de fidelidad al ordenamiento jurídico actuado.

Esta falta de fidelidad al ordenamiento objetivada en el hecho es la circunstancia, o, dicho con mayor exactitud, el déficit objetivado frente al cual se reacciona mediante la pena, en todo caso, en un derecho penal que integre un principio de culpabilidad. Pues el "principio de culpabilidad" significa que sólo ha de pensarse cuando se produce un hecho culpable, y no después de la realización de un injusto inculparable; la culpabilidad, la falta de fidelidad al derecho actuada en cuanto desautorización de la norma, a su vez, es un asunto social y no es susceptible de ser descrita como suceso en la *psique* del autor. Esto debería estar claro desde la sustitución del concepto psicológico de culpabilidad—culpabilidad como *dolus malus*—por el concepto normativo de culpabilidad—culpabilidad como reproche—y de hecho está claro para aquellos autores que a su vez han visto con claridad la constitución social de la persona. A este respecto, un pequeño ejemplo: cuando un ladrón hurta una cosa que no se encuentra a buen recaudo y diferenciamos en función de que la falta de seguridad derive de 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, como ya se expuso en rela-

ción con los delitos de peligro abstracto, 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, sino el juicio social la fundamenta.

La culpabilidad es falta de fidelidad al ordenamiento jurídico de acuerdo con un juicio objetivo, social; dicho de otro modo, la culpabilidad es la constatación social de que la contribución del autor a la sociedad, es decir, a la comunicación, es errónea, destructora de las estructuras, y que por ello no es susceptible de ser seguida. Dicho en una imagen, en la red de la comunicación hay un nudo en un lugar equivocado, de modo que amudar a esa ubicación conducirá a ulteriores nudos mal ubicados.

Ahora bien, el autor no sólo ha afirmado algo erróneo acerca del alcance de su libertad, sino que lo ha hecho mediante la usurpación de derechos ajenos, es decir, no sólo ha postulado una sociedad de estructura diversa, sino que ha emprendido su ejecución. Por razón de esa objetivación de la comunicación en un hecho también la condena, el establecimiento de la culpabilidad, ha de objetivarse, y esa objetivación tiene lugar mediante la pena. Privar al autor de libertad, en caso de necesidad, como, por ejemplo, en la privación de libertad, sin hacer uso de ella, y objetiva de ese modo que el uso de la libertad hecho por el autor no puede ser una conducta rectora.

Por lo tanto, la secuencia es la siguiente: el autor que desempeña el rol de una persona libre, configura el mundo sin tomar en consideración la norma; configura, por tanto, una sociedad de estructura distinta. Mediante el pronunciamiento de culpabilidad el hecho se atribuye no a la libertad personal, sino a la voluntad particular del autor, y esta atribución es configurada privando al autor de los medios de desarrollo en cuanto instrumentos de mero arbitrio —se le encierra, ha de pagar dinero, etcétera.

El hecho y la pena, por consiguiente, se encuentran en el mismo plano: el hecho es la negación de la estructura de la sociedad, la pena la marginalización de esa negación, es decir, confirmación de la estructura. Desde este punto de vista, con la ejecución siempre se ha alcanzado el fin de la pena: queda confirmada la configuración de la sociedad. Que además de ello, se produzcan efectos psíquicos individuales o colectivos —inti-

midación, 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 pena. Esto queda fuera de consideración. Aquí tan sólo se trata de vincular en un concepto los quebrantamientos de la norma y la pena en un orden personal y de mostrar que la pena verdaderamente restaña el quebrantamiento de la norma.

## 12. Resumen

Puede intentarse presentar al derecho penal como protección de bienes jurídicos, pero sólo de modo bastante forzado. El derecho es la estructura de la relación entre personas, que a su vez pueden representarse como titulares de determinados roles; la determinación del comportamiento no permitido a través de diversos institutos de la así llamada teoría de la imputación objetiva —actualmente ampliamente reconocida— obliga, al tener en cuenta el contexto social, a determinar un rol social incluso para los deberes negativos. Los deberes positivos (aquellos que derivan de instituciones especiales) son deberes en roles especiales y no son susceptibles de ser formulados como deberes de respetar bienes existentes.

- No existe un límite inamovible entre el bien jurídico y la infracción moral.
- La doctrina del derecho penal como protección de bienes jurídicos tampoco realiza contribución alguna en la limitación de la anticipación de la punibilidad; en los delitos contra el medio ambiente conduce a tesis extrañas.
- Un contenido genuinamente liberal de esta teoría es mera opción política.
- 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.

ANEXO:  
INDICACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA

Respecto de la teoría de la protección de bienes jurídicos, HASSMER: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973; respecto de la separación de lesión de un bien jurídico y mera infracción moral, JACER: *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Stittchkeitsdelikten*, 1975; sobre el estado actual de la cuestión, ROXIN: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., 1997, § 2 n.ºn. 2.º y ss.; respecto de la doctrina de la protección de la configuración social, AMELUNGA: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972; con una posición crítica tanto respecto de la teoría de la protección de bienes jurídicos como de la teoría de la lesión social, STRATENWERTH: *Strafrecht AT I*, 4.ª ed., 2000, pp. 2/4 y ss.; respecto de la relatividad de la protección de bienes jurídicos, ya WEIZEL: *ZStW* 58, pp. 491 y ss., 509 y ss.; véase también JESCHKE/WEGEND: *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5.ª ed., 1996, pp. 7 y s.; sobre la relación entre bien jurídico y existencia en libertad, KONER: *Strafrecht AT*, 1997, pp. 24 y s.; respecto del bien jurídico como bien intelectual, SCHMIDHAUSER: *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1975, pp. 2/300 y ss.; sobre los deberes en instituciones especiales, JAKOBS: *Strafrecht AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., 1991, pp. 2/16 y ss.; sobre la seguridad como bien jurídico, KINDHAUSER: *Gefährdung als Straftat*, 1989; rechazando los delitos de peligro, HERZOG: *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991; con una posición diferenciadora, JAKOBS: *ZStW* 97, pp. 751 y ss., 767 y ss.; ídem, *ZStW* 107, pp. 843 y ss., 855 y ss.; respecto de los delitos contra el medio ambiente, STRATENWERTH: *ZStW* 105, pp. 679 y ss.; sobre la vinculación entre lesión de la vigencia de la norma y pena JAKOBS, en: KODALJE (ed.): "Strafe muß sein! Muß Strafe sein?", 1998, pp. 29 y ss. —<sup>1</sup> otros referencias en ROXIN: loc. cit.; JAKOBS: *AT*, 2 previo a 1 y 1 y ss.

II  
PRINCIPIOS PENALES Y DOGMÁTICA PENAL

TOMAS VIVES ANTON<sup>1\*</sup>

1. *Introducción*

La aprobación de un nuevo Código Penal es un momento inmejorable para llevar a cabo una reflexión acerca de los principios que, según se acepta generalmente desde la Ilustración, deberían inspirar el ordenamiento punitivo. Esa reflexión habría de proyectarse sobre dos objetos: de una parte, sobre el análisis del texto de la ley, para determinar si y hasta qué punto el legislador se ha inspirado en ellos al configurar los presupuestos de la infracción punitiva y los ha respetado al definir las distintas figuras de delito; y, de otra, sobre las construcciones dogmáticas que sirven de canon al entendimiento de unos y otras —presupuestos de la infracción y concretas figuras de delito— y predeterminan el modo en que van a ser interpretados y aplicados, para comprobar si, en efecto, las pautas que establecen son trasunto de dichos principios o, por el contrario, entran en pugna con ellos.

Esa reflexión ha de tomarse, sin duda, como eje el principio de legalidad. Pues, en primer término, el principio de legalidad, en la medida en que presupone que todo lo que no está prohibido está permitido,<sup>1</sup> constituye la base de "la libertad de los moder-

\* Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia.

<sup>1</sup> VON WILHELM, G. H.: *Norma y acción: una investigación lógica*, Madrid, 1970, pp. 102-103.

