

InDret

1.2021

Urs Kindhäuser/Claus Krefß/Michael Pawlik/Carl-Friedrich Stuckenberg, Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, Mohr Siebeck, Tubinga, 2019, 836 páginas*

Kai Ambos
Georg August Universität Göttingen
kambos@gwdg.de
-

Günther JAKOBS es uno de los más importantes científicos del Derecho penal alemán y su influencia se extiende mucho más allá de las fronteras alemanas, especialmente en los ordenamientos jurídicos del ámbito jurídico continental-europeo, muy cercanos al alemán.¹ Su obra se ocupa de los fundamentos en el marco de la historia de las ideas (de Filosofía del Derecho e Historia del Derecho) del Derecho penal y de su configuración dogmática en la llamada parte general, pero también en la parte especial, respecto de la cual JAKOBS no solo proporciona una “acumulación de topoi” (CANCIO, p. 698),² sino que también diseña un sistema holístico de imputación jurídico-penal. Tal proyecto de sistema –como cualquiera–, sin embargo, da lugar a que el poder de persuasión de las derivaciones dogmáticas dependa de la plausibilidad de las premisas sistémicas. Estas, así como las derivaciones –especialmente el “Derecho penal del enemigo”– han provocado a menudo fuertes reacciones, que, sin embargo, en ocasiones han sido dirigidas más a la persona de Günther JAKOBS que a sus posiciones científicas.³ Por lo demás, la obra de JAKOBS contiene numerosos “puntos ciegos”, especialmente en el ámbito del Derecho procesal penal,⁴ pero también en la medición de la pena, la criminología y la política criminal,⁵

* Traducción de Leandro A. DIAS (Universität Würzburg); revisión del autor. Las traducciones a las distintas citas textuales, incluso a las que provienen de la obra de JAKOBS (ampliamente traducida al español), también fueron realizadas por el traductor.

¹ Sobre su influencia en el ámbito jurídico de habla hispana (donde incluye a Brasil [!], pero no a Portugal) desde el punto de vista personal y de contenido SILVA SÁNCHEZ, pp. 737 ss. (con el comentario correcto de que el desarrollo en el ámbito de habla hispana “no puede entenderse sin tener en cuenta la influencia de Günther JAKOBS” [“ohne die Berücksichtigung des Einflusses von Günther Jakobs nicht verstehen lässt”] y que esta influencia “no ha sido superada por ningún otro penalista alemán –con la excepción de ROXIN–” [“von keinem anderen deutschen Strafrechtler – mit der Ausnahme von Roxin – übertroffen worden ist”] [p. 737 ss.]); sobre la influencia en la zona de Asia oriental (Japón, China y Corea del Sur) MATSUMIYA, pp. 750 ss.; desde la perspectiva escandinava (sueca) LERNESTEDT, pp. 763 ss.

² Todas las referencias a los autores con números de página se refieren a las contribuciones del libro reseñado.

³ Esto rige especialmente para el ámbito jurídico de habla hispana y portuguesa, SILVA SÁNCHEZ, p. 739 (“... no es objeto de una crítica profunda y fundada” [“nicht Gegenstand einer tiefgehenden und wohlbegründeten Kritik”], sino de una “verdadera demonización” [“wahre Dämonisierung”]).

⁴ Esto solo es tenido en cuenta de forma esquemática, por ejemplo (y como excepción) en JAKOBS, «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht», *HRRS*, (3), 2004, pp. 88, 93 (como esbozo para los procedimientos penales en el marco del Derecho penal del enemigo). Críticos de esta abstinencia, GÄRDITZ, pp. 733 s.; *vid.* también DUBBER, en DUBBER/HÖRNLE, *Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, pp. 1017, 1037 s. (distinción entre enemigo y ciudadano como “substantive criminal law” y, por tanto, típica del enfoque de Derecho sustantivo de los penalistas del *civil law*).

⁵ En última instancia, JAKOBS no tiene más que desprecio por el Derecho penal internacional, porque no se mueve dentro de un ordenamiento (estatal) destinado a ejecutar el Derecho y, por tanto, no puede ser un Derecho en absoluto, véase la n. 26 y texto principal.

donde el tratamiento poco caritativo de esta última cuestión no debe confundirse con la neutralidad valorativa que se suele alegar en contra de JAKOBS. Volveremos sobre todo esto en los siguientes apartados, que he estructurado de manera diferente a la obra reseñada⁶ y en los que no he podido dar el reconocimiento que merecen a algunas (pocas) contribuciones –algo ciertamente comprensible en una obra de más de 800 páginas–.⁷

1. Un tour *d'horizon* introductorio

En su elegante introducción, Claus KREß llama al objetivo del libro “reconstruir y reflexionar sobre la obra de Jakobs” (p. 1). JAKOBS se habría inspirado –más allá de las conocidas personas de referencia (especialmente Hegel y Luhmann)– en muchos otros autores (KELSEN, BINDING, AMELUNG), por lo que sería un “malentendido” suponer que “diseñó su ‘nueva imagen’ del sistema de Derecho penal separadamente de la amplia corriente de otras discusiones que se produjeron en la ciencia del Derecho penal” (p. 9). La referencia de KREß al tratamiento de los hallazgos antropológicos de JAKOBS muestra, en ese sentido, que también la palabra clave “normativismo” (libre de empirismo) –volveremos sobre esto (al discutir la contribución de MÜSSIG)– no hace justicia a su obra (p. 6). En un nivel muy general de la “teoría de la ciencia del Derecho penal” JAKOBS estaría en última instancia también vinculado con el pensamiento de KANT (p. 7). Al mismo tiempo, el pensamiento funcional y orientado a la sociedad de JAKOBS se volvería en contra de la ontologización de la ciencia del Derecho penal por parte de WELZEL⁸ (más detalles al discutir la contribución de KINDHÄUSER); sustituiría la lógica objetiva por la “lógica social” [“Gesellschaftslogik”].⁹ KREß de hecho presenta a la crítica a la doctrina de JAKOBS, tanto desde una perspectiva teleológica/de política criminal, como desde una perspectiva kantiana/de teoría de la libertad (pp. 13 ss.), pero esta es rechazada prácticamente por completo, ni bien uno observa que también critica su falta de conectividad constitucional (pp. 42, 45). Especialmente en lo que respecta a las consideraciones de JAKOBS sobre el Derecho penal del enemigo, KREß subraya su potencial crítico, rechaza toda acusación de totalitarismo y solo lamenta la desafortunada elección de la terminología, por considerarla provocadora (“enemigo”, “despersonalización” y “exclusión”) (pp. 48 ss.). Veremos, al discutir las contribuciones de MERKEL y GÄRDITZ, que las cosas son probablemente más complicadas.

Sus “observaciones preliminares sobre la estructura y el contenido de la obra de Jakobs” [“Vorbemerkungen zu Anlage und Inhalt von Jakobs’ Werk”] (pp. 18 ss.) se refieren a las contribuciones individuales siguientes del libro, pero tienen un valor agregado, pues KREß establece hábilmente un vínculo y, por tanto, proporciona una visión general resumida de los

⁶ Se divide en tres partes: (I.) Clasificación en la historia de las ideas, (II.) Aplicación dogmática, (III.) Historia de las consecuencias y perspectivas.

⁷ Se trata de los ya citados aportes de SILVA SÁNCHEZ y MATSUMIYA, así como –en lo que respecta a las derivaciones dogmáticas (*infra* III.)– de las aportaciones (sustanciales) de FREUND (omisión), PUPPE (dolo), PAEFFGEN (teoría del error), BURKHARDT (imprudencia), WILENMANN (justificación) y DOLD (tentativa y desistimiento). También vale la pena leer la entrevista a JAKOBS que se encuentra en el apéndice (pp. 791 ss.).

⁸ JAKOBS, *AT*, 2.^a ed., 1991, p. VII [hay edición en español, *Derecho penal: Parte general*, 2.^a ed., 1995]: “La ciencia ontologizante del Derecho penal se está desmoronando, y más a fondo de lo que se ha establecido conscientemente”.

⁹ JAKOBS, «Welzels Bedeutung für die heutige Strafrechtswissenschaft», en FRISCH *et al.* (ed.), *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, 2015, p. 263; también JAKOBS, *Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin*, en ENGEL (ed.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2008, pp. 103, 125 ss.

hallazgos esenciales de la doctrina de JAKOBS. Según KREß, la ciencia del Derecho penal debe responder a la “cuestión de la legitimación del Derecho penal” con respecto a una sociedad constituida normativamente.¹⁰ En este punto, JAKOBS también buscaría lo “justo”, pero no de manera pre-positiva o pre-social, sino en la respectiva sociedad concretamente existente (p. 19). Pero esto plantea la pregunta que recorre todo el libro, sobre cómo se ha de entender y concretar el espíritu o la autognosis de esta sociedad en particular.¹¹ Como es bien sabido, desde el lenguaje de la teoría de la pena, JAKOBS se preocupa por la estabilización y el mantenimiento de la norma –en el sentido de una “prevención general que preserve la vigencia”¹² [“geltungserhaltenden Generalprävention”]–, y a este respecto ha puesto de relieve el lado cognitivo de la aceptación de las normas en trabajos más recientes (p. 22) y se ha ocupado de “compensar el déficit cognitivo provocado por el infractor” [“Ausgleich des vom Täter verschuldeten kognitiven Defizits”].¹³ La capacidad de establecer conexiones de esta teoría consiste, como señala correctamente KREß (p. 24), en su carácter analítico-descriptivo, del que se desprende el conocido reproche de que podría aplicarse en cualquier sociedad, incluso en una no libre. Sin embargo, KREß considera que esta crítica es “miope” (p. 24), porque JAKOBS no habría “concebido su teoría de la pena como un instrumento crítico y de legitimación” (p. 24). La acusación relacionada con la neutralidad valorativa se retomará posteriormente (con las reflexiones sobre el trabajo de CANCIO).

En cuanto a la concreción del concepto de delito, KREß –siguiendo a PAWLIK¹⁴– quiere diferenciar entre el comportamiento no permitido (como una infracción a normas de conducta, lo que incluye a los enunciados permisivos) y la imputación (como dolo, imprudencia y culpabilidad) (p. 27). Por supuesto, JAKOBS defiende un concepto más amplio de imputación¹⁵ (que aquí se llama holístico), que se refiere a la violación de la norma y que incluye al comportamiento no permitido y a la imputación en sentido estricto (véase más adelante, en particular, la discusión sobre los trabajos ZABEL, HAAS y MÜSSIG). En este contexto, el comportamiento no permitido incluye el hacer y el omitir, una distinción que es irrelevante para JAKOBS, porque solo le preocuparía quién es competente por configurar (negativamente) de un modo inofensivo para otras personas su

¹⁰ JAKOBS, en ENGEL (ed.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2008, pp. 105 s. La ciencia del Derecho penal debería dar respuesta a “qué Derecho penal es el Derecho penal legítimo en un tiempo determinado y qué Derecho penal no lo es, en otras palabras, qué discurso sobre lo lícito y lo ilícito en un determinado momento es un discurso verdadero, la designación verdadera de la constitución normativa de la sociedad” [“welches Strafrecht in der jeweiligen Zeit legitimes Strafrecht ist und welches nicht, mit anderen Worten, welche Rede von Recht und Unrecht in einer bestimmten Zeit eine wahre Rede ist, die wahre Benennung der normativen Verfassung der Gesellschaft”] (énfasis en el original). De ello se desprende que la cuestión de la estructura del delito, como “conformación de un sistema clasificatorio” [“Bildung eines klassifikatorischen”] o “teleológico” [“teleologischen Systems”] –en sentido figurado, “el ordenamiento” [“das Ordnen”] o “ajuste” [“Zurechtlegen”] “del material de una caja de herramientas a partir tornillos y clavos” [“des Materials eines Handwerkskastens nach Schrauben und Nägeln”]– no sería ninguna “contribución científica” [“wissenschaftliche Leistung”].

¹¹ KREß lo expresa así: “cómo ... el espíritu de la respectiva sociedad existente, en resumen: el ‘espíritu de los tiempos’, ha de ser... capturado...” [“wie ... der Geist der jeweils existierenden Gesellschaft, kurz: der ‘Zeitgeist’, dingfest zu machen ... ist ...”] (p. 20).

¹² JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 15.

¹³ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 15.

¹⁴ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 255 ss.

¹⁵ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 15 (“... función para determinar el caso en que la norma debe ser confirmada y reforzada cognitivamente debido al comportamiento de una persona” [“... Funktion, den Fall zu bestimmen, indem die Norm wegen des Verhaltens einer Person bestätigt und kognitiv untermauert werden muss”]). Cita ampliada *infra* n. 151 con texto principal.

propia esfera de organización o de contribuir (positivamente) al bienestar de otra persona en virtud de un deber institucional especial (p. 28). Volveremos a esta distinción en relación con la doctrina de la intervención (al discutir la contribución de OROZCO LÓPEZ). KREß rechaza cualquier crítica al concepto de competencia, porque las instituciones en las que se basa estarían “definidas y diferenciadas detalladamente en cuanto a su contenido” por JAKOBS, y, por tanto, no solo estarían “ancladas socialmente, sino también constitucionalmente aseguradas” (p. 29). JAKOBS también desarrolló “los límites de la competencia en una sociedad liberal”, al reconocer un ámbito (socialmente adecuado) en el que el individuo podría organizar su esfera de organización independientemente de la intervención del Estado (p. 30). Al discutir el trabajo de FRISCH, sin embargo, veremos que ciertamente es necesario que se hagan más precisiones al respecto.

JAKOBS ve en cada comportamiento una expresión socialmente relevante de sentido. Por tanto, se trataría de una cuestión de significado social (“semántica social”) y, de acuerdo con esto, se permitirían ciertos tipos de comportamiento.¹⁶ Además, se produciría una exención de la competencia en el caso de una competencia prioritaria de la víctima (p. 32).¹⁷ En lo que respecta a la imputación en sentido estricto, JAKOBS desarrolló inicialmente una comprensión puramente normativa de la imprudencia y el dolo, en cuyo contexto también vinculó al *dolus malus* con el *dolus indirectus* (pp. 33 ss.).¹⁸ Según el concepto funcional de culpabilidad, este sería un “derivado

¹⁶ JAKOBS, «Negative Pflichten», *FS Strangas*, 2017, pp. 245, 253 s. (“Según esto, la semántica *social* es decisiva y, de acuerdo con esta semántica, el comportamiento (1) dentro del riesgo permitido, (2) si la víctima actúa a propio riesgo, (3) si interviene el principio de confianza, o (4) una prohibición de regreso no significa [que] la persona lesiona...” [“Maßgeblich ist demnach die gesellschaftliche Semantik, und nach dieser bedeutet ein Verhalten (1) innerhalb des erlaubten Risikos, (2) bei einem Verhalten des Opfers auf eigene Gefahr, (3) beim Eingreifen des Vertrauensgrundsatzes oder (4) eines Regressverbots nicht, die Person verletze...”]). En contra de un entendimiento (extremadamente) subjetivo del ilícito (relevancia únicamente del disvalor de acción) por estar “alejado de la sociedad” [“Gesellschaftsferne”], recientemente JAKOBS, «Bemerkungen zur Kausalität als Vorsatzgegenstand», *FS ii*, 2020, pp. 485, 487 con n. 5.

¹⁷ En mayor detalle, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 215 ss.

¹⁸ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 53 ss. Sobre el concepto normativizado y cognitivo de dolo, véase también EL MISMO, en JAKOBS, *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, 2017, p. 613 (“La intención es *querer* la realización del tipo; *conocer* es el *contenido* de la voluntad... Se trata, *nota bene*, de un concepto del querer creado de un modo funcional al Derecho penal” [resaltado en el original: “Vorsatz ist *Wollen* der Tatbestandsverwirklichung; Wissen ist der *Wollensinhalt*... Es handelt sich, *nota bene*, um einen strafrechtsfunktional gebildeten Begriff des *Wollens*”]); EL MISMO, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, 2020, p. 52 (“Dolo es el conocimiento del juicio general de que un comportamiento propio podría tener un efecto que excede, exitosamente, un riesgo permitido” [“Vorsatz ist die Kenntnis des allgemeinen Urteils, das eigene Verhalten könne unter Überschreitung eines erlaubten Risikos erfolgreich wirken”]); *vid.* también PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 380 (“... el autor que es enemigo del Derecho no [es] caracterizado por el hecho de que *haya querido provocar* el resultado delictivo, sino por el hecho de que *no se haya motivado por cumplir con la norma de conducta* que prohíbe su conducta, aunque haya tenido que reconocer de manera razonable y exigible que al hacerlo ha creado un peligro cualificado y no permitido para la posición jurídica protegida por la norma de conducta” [“... der rechtsfeindliche Täter [ist] nicht dadurch gekennzeichnet, daß er den deliktischen Erfolg *hat herbeiführen wollen*, sondern dadurch, daß er sich *nicht zur Erfüllung der sein Verhalten untersagenden Verhaltensnorm motiviert* hat, obgleich er vernünftiger- und zumutbarerweise erkennen mußte, daß er dadurch eine qualifiziert-unerlaubte Gefahr für die von der Verhaltensnorm geschützte Rechtsposition schuf”]), así como PUPPE, en este libro, p. 403 (“Si un autor, con los ojos abiertos, crea peligros para bienes jurídicos ajenos, entonces no puede a su discreción escoger de este ‘paquete’ lo que quiere y lo que no quiere” [“Wenn ein Täter sehenden Auges Gefahren für fremde Rechtsgüter schafft, so kann es von Rechts wegen eben nicht in seinem Belieben stehen, sich aus diesem „Paket“ herauszupicken, was er will und was er nicht will”]).

de la prevención general” [“Derivat der Generalprävention”]¹⁹ pero según KREß –en contra de la crítica generalizada– el principio de culpabilidad no quedaría completamente suprimido por la idea de la prevención que preserva la vigencia, ya que primero la persona debe ser capaz de realizar una toma de posición sobre una norma –ya sea respetándola o ignorándola (p. 37)–. Por tanto, puede considerarse que el principio de culpabilidad se basaría en la condición previa de la capacidad de comprender la norma. Además, al autor del delito solo sería llamado a evitar una puesta en peligro a la vigencia de la norma que él mismo ha provocado (p. 38).²⁰ El propio JAKOBS también señala que su doctrina funcional de la culpabilidad solo puede apreciarse adecuadamente en relación con una sociedad legítima: en una sociedad ilegítima no sería concebible una pena legítima (p. 38).²¹ Esto va directamente en contra del ya mencionado reproche de neutralidad valorativa (en mayor detalle en el análisis de la contribución de CANCIO); el concepto funcional de culpabilidad ha sido valorado varias veces de un modo incluso completamente crítico (especialmente en las contribuciones de ZABEL, STUCKENBERG, FRISCH, HAAS, FRISTER y PERRON).

En lo que respecta a la parte especial, KREß se refiere en particular a los trabajos de JAKOBS sobre falsificación de documentos y las coacciones (pp. 46 ss., para más detalles véase el análisis de la contribución de MAÑALICH). Las consideraciones de JAKOBS se basan a este respecto en su “doctrina de los colores en la parte general”,²² por lo que en este sentido se trata de “tipos penales legítimos para los ciudadanos de una sociedad liberal de nuestro tiempo” (p. 40), es decir, de una “teoría de la sociedad en lugar de teoría del bien jurídico” (p. 40). Respecto de esta cuestión, sin embargo, la referencia de JAKOBS a la autognosis normativa de la sociedad adolece de una falta de concreción. KREß también reconoce este “desafío” y propone –no solo en este punto– una mayor vinculación con el Derecho constitucional vigente (p. 42). Esta crítica adquiere importancia sobre todo en el contexto de la exigencia de JAKOBS de que no se le impida al poder legislativo prohibir ciertos “estilos de vida” [“Lebensstile”] (p. ej., la automutilación o el consumo de drogas) que carecerían de un “estándar mínimo de moralidad” [“Mindestmaß an Sittlichkeit”] y que, por tanto, pondrían en peligro la “aceptación de aquello en lo que consiste la libertad” [“Akzeptanz von Freiheitlichkeit”].²³ Esto es tan indeterminado que incluso KREß se pregunta “si el legislador puede realmente conminar con pena un ‘estilo de vida’ porque su uso de la libertad no alcanza el ‘mínimo de similitud’ requerido con respecto a los intereses de la estabilidad social” (p. 43). Pero si la autognosis normativa de la sociedad no está en ningún momento definida con precisión, y probablemente tampoco pueda serlo, porque uno –en contra de JAKOBS– no puede “oír la semántica de la sociedad”²⁴ tan fácilmente, entonces falta un

¹⁹ JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 32 [hay versión en español, JAKOBS, “Culpabilidad y prevención”, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997].

²⁰ JAKOBS, «Drei Bemerkungen zum gesellschaftsfunktionalen Schuldbegriff», en HEGER/KELKER/SCHRAMM, *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, 2014, pp. 281, 288.

²¹ JAKOBS, *FS Kühl*, 2014, p. 288; anteriormente ya JAKOBS, «Individuum und Person Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung», *ZStW*, (2), (2005), pp. 247, 260, 264 s.

²² JAKOBS, «Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person», en SCHÜNEMANN (*et. al*), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, pp. 793, 810.

²³ JAKOBS, «Strafrecht und Sitte», en FREUND/MURMANN, *Siebzig Jahre Wolfgang Frisch: Reden und Vorträge anlässlich der Übergabe der Festschrift Zum 70*, 2014, pp. 17 ss.; EL MISMO, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, 2012, pp. 23 ss. [Hay edición en español, JAKOBS, *¿Protección de bienes jurídicos? Sobre la legitimación del Derecho penal*, 2020].

²⁴ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 30 (“... para oír la semántica de la sociedad...” [“...der Gesellschaft ihre Semantik abzulauschen...”]).

estándar de similitud y, en última instancia, queda librada a la arbitrariedad del legislador la cuestión de qué estilos de vida se han de criminalizar. Entonces solo queda la (a menudo inútil) esperanza en la racionalidad del debate parlamentario.

En todo caso, JAKOBS ya ha mostrado los límites de la criminalización en el estadio previo a la lesión de bienes jurídicas en su famosa conferencia de Fráncfort²⁵ y, en particular –siguiendo la tradición “europea antigua”– ha defendido el respeto de la esfera privada refiriéndose al principio de acto (pp. 43 ss.). Según JAKOBS, la criminalización que ya no es socialmente legítima sería un “papel inservible” (p. 45). Los puntos ciegos de la obra de JAKOBS (ya mencionados al principio) son descritos benévolamente por KREß como “desiderata” (pp. 53 ss.). Así, intenta sacar más conclusiones de la teoría de la pena y de la sociedad de JAKOBS, pero en este sentido debe remitirse sobre todo al trabajo de los discípulos de JAKOBS (especialmente de PAWLIK). En cuanto a la crítica de JAKOBS al Derecho penal internacional, KREß considera por lo menos “demasiado limitado el alcance de su teoría de la pena” (p. 56), pero no aborda la crítica mucho más fundamental de JAKOBS sobre la razón de ser de este ámbito jurídico.²⁶ No es de extrañar que KREß concluya su recepción positiva de la obra de JAKOBS con una mirada al futuro, que considera dominado por el sistema normativo-funcional del Derecho penal (pp. 58 ss.).²⁷

2. Fundamentos (de historia de las ideas)

1. Rainer ZACZYK prueba primero el diferente punto de partida de FEUERBACH y JAKOBS: mientras que el primero parte de la persona y su razón subjetiva, el segundo tiene como punto de partida la sociedad, es decir, piensa la persona desde la sociedad (p. 69). Para FEUERBACH, la lesión al Derecho era una intromisión en el derecho y, por tanto, en la libertad del titular, por lo que se convertía en un obstáculo para esta (p. 71); para JAKOBS, por el contrario, la lesión al Derecho sería el quebrantamiento de la norma, “una perturbación de la confianza en la vigencia de la norma” (p. 72). Así, la lesión al Derecho no afecta a la persona como tal, sino a la sociedad y, se podría añadir, en el mejor de los casos, a la persona como miembro de la sociedad, porque siempre se trata de una cuestión de protección social.²⁸

Con la coacción jurídica debería vincularse la forma y la materia, el mundo fenoménico y el noúmeno, el ser y el deber ser. En el caso de FEUERBACH, esto se hizo mediante una segunda coacción, que se dirigiría contra la primera coacción causada por quien lesionó al derecho, con el fin de eliminar del mundo el obstáculo a la libertad (p. 73); el infractor debería “ser tratado de

²⁵ JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW*, (4), 1985, pp. 751 ss. [Hay versión en español en: «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pp. 293 ss.].

²⁶ Al respecto, ya AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, pp. 63 ss.; EL MISMO, «Punishment without a Sovereign? The Ius Puniendi Issue of International Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, (2), 2013, pp. 293, 299 ss.; versión en alemán, «Strafe ohne Souverän? Zur Frage des ius puniendi im Völkerstrafrecht», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 2018, pp. 267, 276 ss.

²⁷ No sin antes referirse a la obra aún inédita de su joven colega de Colonia, ROSTALSKI (pp. 60 s.).

²⁸ En este sentido también AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 389: Protección de la persona no solo por su propio bien, sino “por el bien de la sociedad”.

acuerdo con las leyes de la naturaleza”.²⁹ JAKOBS está de acuerdo con esto,³⁰ pero de un modo más radical, ya que quiere tratar a la persona coaccionada “como un ser de la naturaleza y no como un ser de la razón” [“als Naturwesen und nicht als Vernunftwesen behandeln”].³¹ Según ZACZYK, el pasaje citado de FEUERBACH no permite esta interpretación, ya que existe una diferencia entre tratar a otro según el “lado externo de su existencia” (según las “leyes de la naturaleza”) y tratarlo como “ser de la naturaleza” (p. 74)

Para FEUERBACH, todo delito se basa también en una lesión al derecho y se amenaza con una pena, una coacción realizada (p. 75). Para JAKOBS, en cambio, el delito es quebrantamiento de la norma y la opinión de FEUERBACH sería demasiado “simple” [“simpel”],³² porque una sociedad conoce más que derechos y libertades, p. ej., también “sentimiento moral” [“sittliches Gefühl”].³³ Aquí, según ZACZYK, se hace evidente la diferencia más fuerte entre FEUERBACH y JAKOBS: la sociedad en lugar de las personas como punto de referencia de las normas y como productora de normas (p. 76). Pero esto es solo una consecuencia del diferente punto de partida, que en JAKOBS solo conduce “a una comprensión del delito que extrae sus criterios de una forma concreta e histórica de la sociedad” (p. 77).

Como es bien sabido, FEUERBACH considera que el fin de la pena es la disuasión a través de la “coacción psicológica”. Por tanto, este autor “insiste en la mera amenaza” (p. 79), por lo que la acusación de HEGEL de que el ser humano es “tratado como un perro” es correcta.³⁴ En el caso de JAKOBS se trata de la “preservación de la lealtad a la norma” [“Erhaltung von Normtreue”]³⁵ y la medida de la pena no se basa en la culpabilidad del autor, sino en “qué tan fuerte ha inquietado el hecho a la sociedad” [“wie stark die Tat sozial beunruhigt”].³⁶ Esto –la inquietud social causada por un hecho– es, por supuesto, difícil de captar y, por tanto, un punto (empíricamente) débil de la doctrina de JAKOBS. Si, además, se trata del “sustento cognitivo” [“kognitive Untermauerung”] a través del dolor penal,³⁷ como señala ZACZYK críticamente, la cognición, es decir, en última instancia lo empírico, se convierte en el elemento de apoyo de la pena y esto está en contradicción con la por lo demás estricta separación de JAKOBS entre lo empírico y la normatividad, el ser y el sentido, la naturaleza y el espíritu (p. 83).³⁸ Pero si esta separación fuese correcta, entonces “un sustento cognitivo del refuerzo de la vigencia de la norma no podría ser

²⁹ FEUERBACH, *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, 1796 (reimpresión 1963), pp. 89, 119 (tratamiento de “todo aquel que quiera ofenderme en mis derechos, según las leyes de la naturaleza...” [“jeden, der mich in meinen Rechten kränken will, nach Naturgesetzen...”]).

³⁰ Por ejemplo, JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3.^a ed. 2008, p. 114 (“La imposición de dolor carece de significado” [“Schmerzzufügung fehlt Sinn”] como un “acto real silencioso” [“stummer Realakt”], porque entonces sería coacción “según las leyes de la naturaleza” [“nach Naturgesetzen”] en el sentido de Feuerbach); JAKOBS, «Feuerbachs Verbrechensbegriff: Rechtsverletzung», en KOCH, *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, 2014, p. 214.

³¹ JAKOBS, en KOCH, *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, 2014, p. 214.

³² JAKOBS, en KOCH, *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, 2014, p. 218.

³³ JAKOBS, en KOCH, *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, 2014, p. 218.

³⁴ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 99.

³⁵ JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 31. [Hay versión en español: *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006].

³⁶ JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 31 ss.

³⁷ JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 40; JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3.^a ed. 2008, pp. 113 ss.

³⁸ Cf. p. ej. *ibíd.*, p. 51 y *These* 15.

un principio práctico fundacional” (p. 83). La pena, tanto en FEUERBACH como en JAKOBS, no se derivaría del concepto jurídico, sino “a través de un salto hacia lo empírico” (p. 84). La resolución de esta contradicción solo podría tener éxito conectando el mundo empírico y el normativo, es decir, por medio de la abolición de la separación (p. 83). La corrección de esta crítica depende de si su premisa –la separación entre lo empírico y la normatividad– es realmente propuesta por JAKOBS en este contexto. Esto puede ser dudoso, pues la “inquietud social” del hecho, y por consiguiente la medida de la pena, apunta a lo “social” y necesita para su determinación los medios de la investigación social empírica; en todo caso –a pesar de una cierta oscilación entre lo empírico y lo normativo– al final se hace referencia *explícita* a la esfera de lo “social” y se produce una orientación –en el sentido de la doctrina de JAKOBS– hacia lo social-empírico.

2. Kurt SEELMANN demuestra de forma concisa la proximidad de la obra de JAKOBS a HEGEL (pp. 85 ss.). En principio, HEGEL demuestra ser una figura de referencia esencial –como “tal vez el fundamento más importante para el trabajo”– para la obra de JAKOBS, tanto en su teoría del Derecho como en su teoría de la pena (p. 96). JAKOBS ya sigue sistemáticamente el enfoque holístico de HEGEL, como se expresa en la declaración de que “la verdad es el todo”.³⁹ Con el ejemplo de la punibilidad del suicidio (tentado), JAKOBS delimitó el Estado moderno, que se caracterizaba por un “individualismo normativo”, del Estado hegeliano, que buscaría un equilibrio entre el “individualismo normativo” y el “colectivismo normativo” (p. 87). En cuanto al *establecimiento de las normas*, tanto HEGEL como JAKOBS criticaron el contractualismo, porque ya presupondría lo que podría lograrse recién mediante un contrato (una vinculación jurídica); además, los contratos ofrecerían poca seguridad, porque podrían rescindirse en cualquier momento (p. 89). Sin embargo, en el caso de JAKOBS, el surgimiento de las normas se caracterizaría por un acto del titular del poder, por el cual se le daría “una constitución a un grupo” [“einer Gruppe eine Verfassung”] y, así, se le asignaría “un estatus a los súbditos” [“den Untertanen einen Status zuweist”].⁴⁰ SEELMANN ve esta genealogía del surgimiento de las normas como una determinada por un “*elemento del cambio*” (p. 97 [énfasis en el original]), mientras que HEGEL se referiría a un proceso de interacción en el marco de su doctrina del reconocimiento: mediante el reconocimiento mutuo como libres e iguales, los participantes en este proceso se convierten en personas, por lo que la relación jurídica acompañante se fundamenta procedimentalmente (pp. 89 s., 97).

En la *teoría de la pena*, JAKOBS y HEGEL están muy cerca el uno del otro, porque ambos se preocupan por la protección o el mantenimiento de las normas, con la famosa “prevención general para preservar la vigencia”,⁴¹ aunque JAKOBS no llega hasta HEGEL, para quien el autor de un delito actuaría como un legislador con su comportamiento que lesiona la norma (p. 91). Más bien, según JAKOBS, el autor estaría eludiendo la norma al no cumplirla.⁴² Sin embargo, en última instancia, también HEGEL, con su metáfora legislativa, quiso establecer solo un deber de tolerar por parte del autor del delito en lo que respecta a la pena y coincidiría en los hechos con JAKOBS, quien, de modo completamente hegeliano, consideraría al castigo como “‘lesión de la lesión’ y, por tanto, ‘restauración del Derecho’” [“‘Verletzung der Verletzung’ und somit

³⁹ HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, 1807, p. 23.

⁴⁰ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3.^a ed. 2008, p. 31.

⁴¹ *Vid. ya supra* n. 12 y texto principal.

⁴² JAKOBS, «Der Zweck der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Straftheorie Hegels», en KOTSALIS (ed.), *Festschrift für Androulakis*, 2003, p. 261.

‘Wiederherstellung des Rechts’] (p. 92).⁴³ Así, al final, ambos autores persiguieron el objetivo de mantener y restaurar la norma mediante la contra-comunicación del Estado y la imposición del mal característico de la pena.⁴⁴

En el contexto de la *imputación*, el punto decisivo de JAKOBS sería la “producción de sentido conjunto” [“Produktion gemeinsamen Sinns”],⁴⁵ es decir, la reivindicación de sentido del autor se dirige contra el ordenamiento normativo, de cuya existencia depende cualquier imputación (p. 93). Un sentido de esta clase no podría ser producido por el enfermo mental, p. ej., ya que no sería un *partner* en la comunicación. Si esto se corresponde, aunque sea básicamente, con la posición de HEGEL, para quien el infractor como persona racional establecería una ley general mediante su acto (pp. 91, 93), entonces JAKOBS y HEGEL se encuentran de nuevo al considerar el significado del quebrantamiento a la norma para la “estabilidad de la sociedad”: cuanto más consolidada está una sociedad, más probable es que el acto aparezca como naturaleza y menos como expresión de sentido y, por tanto, como contradicción a la norma (p. 94). El fundamento de la “naturalización” de un acto podría, por tanto, residir no solo en la constitución mental del autor, sino también en la estabilidad de la sociedad, en la medida en que el autor “no pueda llegar a ser peligroso para una sociedad consolidada” (p. 95).

Por último, con respecto al estado de *necesidad* (p. 95 y s.), JAKOBS no siguió el argumento de HEGEL sobre la ponderación de valores: la justificación de la injerencia en la propiedad de un tercero para salvar la vida, de mayor valor, del autor en estado de necesidad. Sin embargo, siguió la legitimación de HEGEL del derecho a realizar una injerencia en estado de necesidad agresivo: deber de la sociedad civil de ayudar, contra la cual la víctima de la intervención, como “hijo de la sociedad civil”,⁴⁶ también tendría pretensiones, específicamente de una compensación por el daño causado por el autor en estado de necesidad, cuando este no es capaz de llevar a cabo la restitución.

3. Benno ZABEL sitúa la teoría de JAKOBS en relación con las posturas clásicas de BELING, VON LISZT y RADBRUCH (pp. 99 ss.). Según ZABEL, el proyecto de JAKOBS es una comprensión de la ciencia del Derecho penal como “dogmática y teoría de la sociedad” (p. 99), por lo que, como ya se ha mencionado, se trataría, a nivel científico, de la legitimación de un Derecho penal concreto para una sociedad concreta.⁴⁷ JAKOBS coloca a las personas, las normas (el Derecho) y la sociedad en un contexto sistemático, en una “relación consistente de juicios” [“konsistenten Zusammenhang von Urteilen”].⁴⁸ El enfoque de fundamentación holístico de JAKOBS se centra en el acto comunicativo de quebrantar la norma y el daño inherente a la vigencia de la norma, lo que vincularía a la ciencia del Derecho penal con un análisis filosófico del Derecho y la sociedad, en

⁴³ JAKOBS, *AT*, 1/21 (citando a HEGEL).

⁴⁴ JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 26 (“que la máxima formada por el autor es irrelevante”).

⁴⁵ JAKOBS, «Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung», en NEUMANN/SCHULZ, *ARSP-Beiheft*, (74), 2003, p. 57. Recientemente, también JAKOBS, «Bemerkungen zur Kausalität als Vorsatzgegenstand», en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA, *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, 2020, p. 485 (“sentido creado por el ser humano”) [“von Menschen gemachter Sinn”].

⁴⁶ HEGEL, *Rechtsphilosophie*, Edition Ilting, Band 2, 1974, § 238, p. 679.

⁴⁷ Cf. JAKOBS, en ENGEL (ed.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2008, pp. 105 s., citado *supra* en n. 10 con texto principal.

⁴⁸ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 16.

lugar de ver su fin simplemente en una “profesionalización de una competencia práctica de resolución de problemas” (pp. 101 ss.).

ZABEL explica esto hábilmente con respecto a los conceptos de norma y de delito (pp. 102 ss.), acción e imputación (típica) (pp. 110 ss.), así como culpabilidad y pena (pp. 115 ss.). Para JAKOBS, *las normas* serían estándares reconocidos de orientación social (p. 104), comunicarían un “esquema de interpretación generalmente vinculante” (p. 105) y, así, establecerían a la sociedad.⁴⁹ La observancia o el incumplimiento de este esquema normativo de interpretación por parte de los miembros de la sociedad es “comunicación personal” [“personale Kommunikation”], por lo que “la sociedad... [es] comunicación personal en práctica” [“Gesellschaft ... praktizierte personale Kommunikation”].⁵⁰ Esto iría más allá del concepto de norma de BINDING, que JAKOBS al menos considera analíticamente útil (p. 106), así como más allá del *concepto* tradicional de *bien jurídico* (véase también el análisis de WOHLERS), porque este ignoraría, o al menos no captaría adecuadamente, las convicciones valorativas de la sociedad y la resultante nocividad social del comportamiento contrario a la norma. La protección de los bienes jurídicos sería, pues, más que una mera punición a quienes violasen los valores, a saber, la “protección social concretizada” (p. 106). Por tanto, los bienes e intereses socialmente definidos serían los decisivos, de un modo directamente contrario a los patrones de explicación naturalistas e individualistas del s. XIX, que se “centran en el individuo como sujeto de necesidades atomizado” (p. 107).⁵¹ Esto se corresponde con el concepto holístico –en lugar de clasificatorio-didáctico– de *delito* de JAKOBS, quien entiende el delito como una expresión de sentido contra la norma universalmente vigente y que por consiguiente tiene que rechazar la concepción tradicional, en tanto meramente mecanicista.⁵²

Los conceptos de acción y tipo penal también deben situarse en este contexto social general de fundamentación. *La acción* no solo debe entenderse de manera jurídico-formal, ni está cargada normativamente como en el concepto social de acción, sino más bien como una “unidad de sentido” [“Sinneinheit”].⁵³ JAKOBS se manifestó así contra el vaciamiento normativo, el “quitarle potencia” [“Depotenzierung”] al concepto de acción, porque esto iría acompañado de su pérdida

⁴⁹ Cf. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3.^a ed. 2008, pp. 51 s.: “La sociedad se forma cuando la norma proporciona el estándar que guía la comunicación, es decir, determina a qué comportamiento se ha de vincular comunicativamente” [“Gesellschaft entsteht, wenn die Norm den die Kommunikation leitenden Maßstab abgibt, also bestimmt, an welches Verhalten kommunikativ anzuschließen ist”].

⁵⁰ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3.^a ed. 2008, p. 52.

⁵¹ Cf. también JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3.^a ed. 2008, pp. 88 ss.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 26 ss.

⁵² Cf. JAKOBS, en ENGEL (ed.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2008, pp. 122 s.: esta teoría del delito tradicional “se agota en su descomponibilidad según la naturaleza de los objetos de la mecánica; el ‘delito’ no es un todo, sino algo compuesto, no una expresión de sentido, sino un subconjunto de lesiones a intereses” [“erschöpft sich in dessen Zerlegbarkeit nach Art der Gegenstände der Mechanik; – ‘Verbrechen’ ist nicht ein Ganzes, sondern etwas Zusammengesetztes, kein Sinnausdruck, vielmehr ein Unterfall von Interessenverletzungen”].

⁵³ JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 13: “El concepto de acción como concepto de Derecho penal debe garantizar que la conducta penalmente imputable no sea una ... mezcla de características heterogéneas, sino una unidad de sentido” [“Der Handlungsbegriff als strafrechtlicher Begriff muss garantieren, dass es sich bei strafrechtlich zurechenbarem Verhalten nicht um ein... Sammelsurium von heterogenen Merkmalen handelt, sondern um eine Sinneinheit”]. [Hay versión en español: *El concepto jurídico penal de acción*, 1996].

de sentido.⁵⁴ El concepto de tipo penal –tratado por ZABEL como *pars pro toto* para el sistema de imputación de JAKOBS (pp. 112 ss.)– tampoco podría entenderse como una mera figura libre de valoraciones y como tipo de garantía en el sentido de BELING,⁵⁵ ya que también representaría un juicio de valor social. Se trata de un “*tipo de imputación global*” [“Gesamtzurechnungstatbestand”], es decir, “la interpretación de la norma hasta que abarque todos los casos, y solo aquellos, en los que ha de castigar y, así, hasta que se haya descifrado completamente el sentido delictivo” [“die Interpretation der Norm, bis sie alle Fälle und nur diejenigen Fälle erfasst, bei denen zu strafen ist, also bis der deliktische Sinn voll entschlüsselt ist”].⁵⁶ El tipo penal se convierte así en el primer punto de referencia “para descifrar el sentido delictivo”, que en el sistema holístico de imputación de JAKOBS llega hasta la culpabilidad, pasando por la antijuridicidad (p. 115).⁵⁷ Sin embargo, tendremos que volver a la devaluación de la tipicidad y la antijuridicidad que esto implica en la contribución de FRISCH.

La “socialización del sistema del delito” lograda de esta manera (p. 115) también tiene un efecto en la fundamentación de la *culpabilidad* y de la pena. Del concepto psicológico de culpabilidad de VON LISZT se llega a la normativización de FRANK (culpabilidad como reproche)⁵⁸ y de allí a la funcionalización o socialización de JAKOBS: la culpabilidad (entendida funcionalmente) como “prestación regulatoria según una cierta máxima regulatoria (según las exigencias del fin de la pena) para una sociedad de cierta constitución” [“Regelungsleistung nach einer bestimmten Regelungsmaxime (nach den Erfordernissen des Strafzwecks) für eine Gesellschaft bestimmter Verfassung”].⁵⁹ En el concepto de culpabilidad se cristaliza la necesidad de la sociedad de un manejo coherente del comportamiento desviado (p. 117) y la interpretación de la desviación individual como un daño considerable a la vigencia de la norma, como una deslealtad respecto del Derecho.⁶⁰ JAKOBS vincula así la perspectiva socio-normativa –que ya estaba presente en RADBRUCH y VON LISZT– con la perspectiva psicológico-individual (pp. 117 ss.). También hay acuerdo en que la prevención debe desempeñar un papel esencial en lo que respecta a la *pena* (p. 118), aunque VON LISZT, como es bien sabido, argumenta en términos de prevención especial y JAKOBS legitima la pena en términos de prevención general con miras al mantenimiento de la norma y el sustento cognitivo.⁶¹ Si el lado social de la pena se menciona sobre todo en VON LISZT

⁵⁴ JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 21: “Su abstinencia de sentido es prácticamente la razón del alto vuelo que el concepto comienza en el Derecho penal universitario a pesar de la escasez de conocimiento sobre la teoría que cristaliza: el comienzo es seguro, pero en lo que se refiere al resultado nada está prejuzgado” [“Seine Sinnabstinenz ist geradezu der Grund für den Höhenflug, den der Begriff trotz der Dürftigkeit der in ihm kristallisierten Theorie in der universitären Strafrechtswissenschaft beginnt: Der Anfang steht fest, aber im Ergebnis ist noch nichts präjudiziert”].

⁵⁵ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 178 (“Tipos penales en sí mismos completamente objetivos y libres de todo elemento subjetivo”) [“Tatbestand selber ganz objektiv und von allen subjektiven Momenten ... frei ...”].

⁵⁶ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 24.

⁵⁷ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 23 s.

⁵⁸ FRANK, «Über den Aufbau des Schuldbegriffs», en FRANK, *Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts Jubiläum*, 1907, pp. 519 ss.

⁵⁹ JAKOBS, *AT*, 17/22.

⁶⁰ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 61 ss. (“Culpabilidad por no cumplir con un nivel de lealtad al Derecho objetivamente requerida por razones de estabilización...” [“(“Schuld als ein Zurückbleiben hinter einem aus Stabilisierungsgründen objektiv zu verlangendem Maß an Rechtstreue”)]).

⁶¹ *Id.*, p. ej, JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 15: El fin de la pena sería “preservar el poder orientador real y cotidiano de la norma, cuya vigencia se pone en entredicho por la violación de la norma por parte del autor, de tal manera que debe darse una ‘respuesta’ para que la vigencia no se debilite.

(protección de bienes jurídicos con orientación a fines)⁶² e incluso en BELING,⁶³ entonces la referencia a la sociedad es retomada primero por ROXIN⁶⁴ y luego desarrollada más adelante por JAKOBS de tal manera que la referencia a la norma y a la sociedad de la fundamentación de la pena están vinculadas entre sí (p. 119).

ZABEL adopta una visión crítica de la estrecha comprensión que tiene JAKOBS de la *persona y la juridicidad*: solo los ciudadanos en el sentido de personas leales al Derecho disfrutaban del marco del Derecho penal de un Estado de Derecho, pero quien “no contribuye a la garantía cognitiva”, es decir, no garantiza que “se comportará como una persona en Derecho, no tiene que ser tratado como una persona en Derecho” [“er werde sich als Person im Recht verhalten, muss auch nicht als Person im Recht behandelt werden”]⁶⁵ (volveremos más adelante sobre las implicaciones para el Derecho penal del enemigo). ZABEL ve en ello un concepto “exiguo” o “plano” –en contraste con un concepto “denso” y “complejo”– de persona, en el que “no queda espacio para un valor intrínseco jurídico-normativo de la persona –incluso del delincuente díscolo–” (p. 123). La “identificación de la norma con un sistema de dirección cerrado en sí mismo y estandarizado” (p. 123) conduciría a una nivelación del valor jurídico intrínseco de la persona en vista al poder de definición dominante de la sociedad y el autor quedaría atrapado en la “vorágine de un régimen de afirmación de la norma que es tan dinámico como estricto” (p. 121). Por consiguiente, ZABEL también quiere dejar abierta la cuestión de si JAKOBS de hecho está en condiciones de conceptualizar “la norma, la persona y la sociedad” (p. 123).

4. Carl-Friedrich STUCKENBERG ofrece un instructivo y, a su vez, agudo análisis del *neokantismo* en relación con la obra de JAKOBS (pp. 125 ss.). El autor caracteriza al neokantismo como un movimiento colectivo heterogéneo, cuya conexión con las enseñanzas de KANT era “en ocasiones selectiva y vaga” y que se ocupaba principalmente de una teoría del conocimiento de carácter científico (p. 125). El enfoque de teoría de la ciencia, también conocido como lógico, fue fundamental para la llamada Escuela de Marburgo (COHEN y NATORP), mientras que la llamada Escuela del Sudoeste Alemán o de Baden (WINDELBAND, RICKERT y LASK) tenía un enfoque científico de carácter normativo-valorativo. En el ámbito de la ciencia del Derecho (penal), las posiciones de la Escuela del Sudoeste de Alemania sobre la distinción entre las ciencias naturales y de la cultura y la creación teleológica de conceptos fueron particularmente bien recibidas (pp. 128 ss.): “Los textos de Rickert y Lask reflejan, en cierto modo, el retorno a la ciencia del Derecho penal de la idea de fin propagada por von Jhering en una forma filosóficamente entretejida...”. (p. 133).

Max Ernst MAYER, Richard HONIG, Max GRÜNHUT, Erich SCHWINGE y Erik WOLF son especialmente dignos de mención como personas que llevaron a cabo la *recepción en el Derecho penal*, por lo que

La pena es a la vez un símbolo de adhesión a la norma y un apoyo para su sustento cognitivo” [“die wirkliche, alltäglich orientierende Kraft der Norm zu erhalten, deren Geltung durch eine Normverletzung des Täters dergestalt in Frage gestellt wird, dass eine ‘Antwort’ erfolgen muss, wenn die Geltung sich nicht abschwächen soll. Die Strafe ist gleichermaßen Symbol für das Festhalten an der Norm wie Stützung ihrer kognitiven Untermauerung”].

⁶² VON LISZT, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *ZStW*, 1883, pp. 33 ss.

⁶³ BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, 1908, pp. 114 ss. (relación entre retribución y prevención).

⁶⁴ ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1973.

⁶⁵ JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 45 s.; EL MISMO, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3.^a ed. 2008), pp. 116 ss.

la influencia de los neokantianos se hizo especialmente patente en el “énfasis en el carácter teleológico y, por tanto, normativo de los conceptos del Derecho penal” (p. 135). Esto llevó a que Max Ernst MAYER descubriera los elementos normativos del tipo, a un concepto material de antijuridicidad y uno normativo de culpabilidad, así como al desarrollo de un concepto de bien jurídico inmanente al sistema como “abreviatura para la determinación del fin de los enunciados jurídico-penales individuales”.⁶⁶ Sin embargo, el concepto puramente formal de valor de la Escuela del Sur de Alemania mutó “en una pequeña moneda de la finalidad legislativa de un tipo penal individual” (p. 137), es decir, en la “tarea de protección del Derecho”,⁶⁷ “con la que se fusionaron la referencia a la finalidad del concepto y la referencia al valor de la disciplina” (p. 137). Sin embargo, las afinidades electivas con la escuela de Viena de la historia del Derecho, especialmente con KELSEN, eran limitadas, ya que rechazaba la comprensión de la ciencia del Derecho como “ciencia cultural empírica” y entendía el dualismo de los métodos de manera más estricta que los propios neokantianos (p. 139). En su monografía sobre el concepto de culpabilidad en el Derecho penal, publicada en 1929, Félix KAUFMANN había rechazado la idea fundamental sobre la que se basaba (la pena merecida) por inadecuada, ya que no habría ningún conocimiento objetivo de los valores. En palabras de STUCKENBERG: “Los juicios de valor no pueden justificarse *a priori*, sino que en el mejor de los casos pueden aceptarse sin cuestionamientos a nivel psicológico” (p. 142). Entre los críticos fundamentales del neokantismo estaba también Hans WELZEL, quien en su tesis de habilitación consideró –con intenciones absolutamente críticas– que era la “expresión intelectual más completa y más profundamente fundamentada del pensamiento liberal tardío de principios de siglo”.⁶⁸ El método de WELZEL es justo el contrario, ya que se alinea con el objeto “como la pieza óptica del ser”⁶⁹ y no con la mera cognición teleológica. Según WELZEL la “enemistad vital”⁷⁰ del pensamiento neokantiano debía ser superada por la orientación hacia el “ser que contiene valor”, hacia la “estructura de la esencia óptica del ser humano”.⁷¹ Si con esto –me permito añadir– se prepara el terreno para el pensamiento nacionalsocialista orientado a la realidad vital de la comunidad del pueblo,⁷² entonces –como señala STUCKENBERG tan acertadamente– “el neokantismo fue considerado como liberalismo incompatible con la visión nacionalsocialista del mundo” (p. 145) y desapareció de la ciencia del Derecho penal con la toma del poder por parte de los nazis.⁷³

Pero los *enfoques racionales orientados a fines y funcionales* que han surgido desde los años setenta del siglo pasado pueden remontarse al neokantismo, porque presuponen un retorno a la “reflexión metodológica” (p. 146) desencadenada por las ideas neokantianas.⁷⁴ A este respecto también hay puntos de contacto con las enseñanzas de JAKOBS, porque, en contraposición con el

⁶⁶ HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, 1919, p. 109.

⁶⁷ SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930, pp. 23, 59.

⁶⁸ WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, 1935, p. 52

⁶⁹ *Naturalismus und Wertphilosophie*, 1935, p. 50.

⁷⁰ *Naturalismus und Wertphilosophie*, 1935, p. 54.

⁷¹ *Naturalismus und Wertphilosophie*, 1935, p. 75.

⁷² Una crítica a WELZEL en ese sentido en AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2019, pp. 132 ss. [Hay versión en español: *Derecho Penal Nacionalsocialista*, 2019, pp. 221 ss.]

⁷³ Cf. también AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2019, pp. 68 ss. [*Derecho Penal Nacionalsocialista*, 2019, pp. 109 ss.].

⁷⁴ Cf., p. ej., ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band. I*, 5.^a ed. 2020, § 7/27, donde se refieren a la tradición neokantiana.

enfoque óntico de su maestro WELZEL,⁷⁵ JAKOBS aprueba el dualismo metodológico y quiere obtener el contenido de la norma “a partir del fin de la norma” [“vom Normzweck her ... gewinnen”].⁷⁶ El ser no le brindaría “ninguna estructura al pensamiento, sino que es solo un elemento de cómputo en un cálculo utilitarista” (p. 148).⁷⁷ Como ya se ha visto, el concepto de culpabilidad es interpretado desde el punto de vista de la finalidad preventivo general de la pena⁷⁸ y sería un “derivado de la prevención general” [“Derivat der Generalprävention”]⁷⁹, en el que el fin consistiría en la estabilización de un determinado ordenamiento social (p. 149). También la creación renormativizada de conceptos⁸⁰ sería funcional al Derecho penal⁸¹ según el fin de estabilización de una sociedad concretada dada, de lo cual se deriva al mismo tiempo el nombre de “funcionalismo” para esta doctrina, ya que se trata de la “contribución de la preservación del sistema como función” (p. 150).⁸² Este concepto funcional de culpabilidad fue formulado por primera vez por Max Ernst MAYER y la referencia directa a la necesidad de prevención fue hecha por Felix KAUFMANN (p. 148). Sin embargo, la función vacía en cuanto a contenido o valorativamente neutral de estabilizar cualquier sociedad atrae el mismo reproche de formalismo vacío y relativista sin una confesión valorativa (p. 151). Sin embargo, el reproche no está del todo justificado, como ya se ha dicho y se explicará en mayor detalle al evaluar la contribución de CANCIO.

El *concepto de ciencia de* JAKOBS –“la ciencia del Derecho como ciencia de la constitución normativa de la sociedad, es decir, de lo que realmente está ocurriendo” [“Rechtswissenschaft als Wissenschaft von der normativen Verfassung der Gesellschaft, und zwar der wirklich stattfindenden”]–⁸³ también se conecta con el pensamiento neokantiano, p. ej., con las “normas de la cultura” de MAYER⁸⁴ en forma de semántica social (p. 152). También a este respecto, JAKOBS determina así –de manera bastante coherente– la tarea del Derecho penal con respecto a una sociedad concreta dada, cuya estructura normativa se convierte a su vez en una barrera insuperable para el legislador y para la ciencia del Derecho penal.⁸⁵ En términos científicos, se trataría de “la pregunta por la legitimación contemporánea, de la pregunta por la verdad del Derecho penal” [“die Frage nach der zeitgemäßen Legitimation, nach der Wahrheit des

⁷⁵ Cf. ya *supra* n. 8 y JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 1 ss. Sobre Welzel/Jakobs se hablará en más detalles al tratar el trabajo de Kindhäuser.

⁷⁶ JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 39 ss.

⁷⁷ Cf. también JAKOBS, «Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff», *RW*, 2010, pp. 283, 287 s.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 16. n.13.

⁷⁸ JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, pp. 7 ss.

⁷⁹ JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 32 (*vid. supra* ya la n. 19 y el texto principal).

⁸⁰ JAKOBS, *AT*, pp. V s. (2.ª ed. p. VII).

⁸¹ Cf., p. ej., JAKOBS, *RW*, 2010, pp. 288, 290.

⁸² Cf. a este respecto también JAKOBS, *ZStW*, (2), 1995, pp. 843, 844.

⁸³ JAKOBS, en ENGEL (ed.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2008, p. 134, así como ya en la n. 10.

⁸⁴ MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903; además JAKOBS, «Bindings Normen und die Gesellschaft», en DA COSTA ANDRADE/ANTUNES/AIRES DE SOUSA, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, pp. 387, 392 ss., 398 ss.; sobre la importancia de la cultura en el Derecho comparado, AMBOS, «Stand und Zukunft der Strafrechtsvergleichung», *RW*, 2017, pp. 247 (248, 262 ss.); EL MISMO, «Estado y futuro del Derecho Penal Comparado», *Revista Penal*, (41), 2018, pp. 5 (7, 16 ss.); EL MISMO, «The current state and future of comparative criminal law», *UCLA J.Int'l L. Foreign Aff.*, (1), 2020, pp. 9 (12, 30 ss.).

⁸⁵ Cf. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 30; JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 2 [Hay versión en español: Teoría de la intervención, 2016].

Strafrechts”]⁸⁶ y quien –por así decirlo como “cómplice del Derecho”– se moviese solo dentro del sistema jurídico no se dedicaría a la investigación científica (p. 152).⁸⁷ Al mismo tiempo, la ciencia del Derecho penal tendría después de todo la exigente tarea de “denominar... aquello que es completamente conforme a fines o... criticar y proponer correcciones...” [“Zweckvolle ... zu benennen oder ... Kritik zu üben und Korrekturen vorzuschlagen”].⁸⁸ Pero si la legitimación del Derecho penal consistiese en la preservación de la existencia de una sociedad concreta, se suprimiría la separación del ser y del deber, tan “fundamental para el neokantismo, junto con la estricta separación de la contemplación descriptivo-sociológica de la normativa” (p. 154), porque aquí la norma, respecto de su fin, se referiría también al “logro de efectos empíricos” (p. 154). Con esto se retoma una crítica ya expresada por ZACZYK.

5. Urs KINDHÄUSER (pp. 155 ss.) investiga la doctrina de JAKOBS en relación con la de su maestro WELZEL, lo que resulta interesante, aunque solo sea porque JAKOBS, como es bien sabido, no continuó el manual de WELZEL, sino que quiso dar un giro de 180 grados y se opuso explícitamente a su ontologismo.⁸⁹ Las explicaciones de KINDHÄUSER son instructivas y eruditas, pero a veces resultan un poco largas (en total poco menos de 40 páginas), p. ej. cuando se pierde en su ámbito favorito de la filosofía del lenguaje. Para simplificar las cosas, se puede encontrar ciertamente un terreno común entre WELZEL y JAKOBS en los puntos de partida teóricos: en el caso del primero con la referencia a la comunidad (del pueblo, entendida en términos nacionalsocialistas),⁹⁰ en el caso del segundo con la referencia a la sociedad, tanto en la comprensión del hecho punible como “expresión de sentido” [“Sinnausdruck”] (p. 157),⁹¹ como en el rechazo de la doctrina liberal clásica del bien jurídico del s. XIX. Sin embargo, un examen más detenido muestra que las diferencias se hacen más claras, no solo con respecto a la sustitución de la lógica objetiva fundamentada ontológicamente por las expectativas normativas determinadas socialmente, es decir, por la “lógica social” (pp. 156, 192). El rechazo *radical* de la escuela VON LISZT por parte de JAKOBS es ya sorprendente –con el reproche de una “abstinencia de sentido” positivista, porque se pensaba que se podía interpretar la ley “sin haber comprendido antes la sociedad” en la que se iba a aplicar⁹²– porque VON LISZT está, no obstante, cerca de JAKOBS

⁸⁶ JAKOBS, en ENGEL (ed.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2008, p. 133 (se omite el resaltado); EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 19 (“... poner de relieve las conexiones legítimas para su tiempo y dejar que el Derecho “llegue a sí mismo” [“...die für ihre Zeit legitimen Zusammenhänge herausarbeiten und das Recht «zu sich selbst kommen» zu lassen...”]).

⁸⁷ JAKOBS, en ENGEL (ed.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2008, p. 106.

⁸⁸ JAKOBS, en ENGEL (ed.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2008, p. 133.

⁸⁹ Cf. *supra* n. 8 (con cita).

⁹⁰ Cf., p. ej., WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 65, donde alinea la idea de la comunidad del pueblo con el “programa del nacionalsocialismo” [“Programm des Nationalsozialismus”]; en general sobre las tendencias nacionalsocialistas de WELZEL, AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2019, pp. 134 ss.; EL MISMO, *Derecho Penal Nacionalsocialista*, 2019, pp. 225 ss.

⁹¹ JAKOBS, *AT*, p. VII, se vincula explícitamente con el pensamiento de WELZEL de que “el Derecho penal debe asegurar la vigencia de los ‘valores de acción ético-socialmente positivos”’ [“das Strafrecht habe die Geltung ‚positiver soziaethischer Aktwerte‘ zu sichern”].

⁹² JAKOBS, *Handlungsbegriff* (nota 53), p. 21.

–y, por consiguiente, también fue criticado por WELZEL⁹³– en la medida en que tiene en cuenta el aspecto social de la pena y, por tanto, su dimensión social (como ya señaló ZABEL).

De ahí que sea bastante plausible que, con respecto al *concepto de acción* (pp. 160 ss.), KINDHÄUSER ubique el lugar de JAKOBS más con los causalistas de orientación social (VON LISZT, RADBRUCH) que con los finalistas de orientación ontológica. ZABEL ya lo ha señalado, y KINDHÄUSER lo complementa en la medida en que acusa a WELZEL de haber torcido de manera naturalista (mi expresión) la posición de RADBRUCH (pp. 163 ss.): “La causalidad de los ‘causalistas’ es ‘ciega’ solo en la medida en que el fin de la ‘puesta en marcha de la voluntad’ que la desencadena no debe en ningún caso orientarse de manera accionalmente eficaz hacia la evitación del resultado dañino” (p. 165). Por consiguiente, la controversia entre causalistas y finalistas no se refería al requisito de una acción voluntaria, sino únicamente a si “el dolo, entendido como criterio de imputación y en su contenido determinado puramente cognitivamente, debía enriquecerse con una voluntariedad relacionada con la realización del tipo penal” (p. 165). Es cierto que JAKOBS seguiría a WELZEL en su crítica del concepto causal de la acción e incluso la radicaliza (“abstinencia de significado”), pero en realidad está mucho más cerca de los causalistas en su comprensión social del Derecho penal y de la pena⁹⁴ que del “finalismo más bien orientado a la ética del ánimo” (p. 168). En todo caso, JAKOBS no sería “claramente un ‘finalista’” (p. 169). KINDHÄUSER lo explica con mayor precisión en referencia a los escritos de VON LISZT y RADBRUCH (pp. 167 ss.). No obstante, el concepto de acción, orientado a la norma y al sentido (normativizado) de JAKOBS –ya mencionado⁹⁵– va más allá, como es bien sabido, que los anteriores conceptos (más bien naturalistas) de acción, y la culpabilidad se convierte, como ya se ha demostrado,⁹⁶ en el concepto central: sin esta, el comportamiento jurídico-penalmente relevante no es concebible en absoluto, porque solo a través de esta –entendida como una falta de fidelidad al Derecho– se expresaría la falta de reconocimiento de la norma en el caso de un acontecimiento (en sí mismo neutral) que es externamente apto para la violación (p. 173). Según KINDHÄUSER (p. 173), por supuesto que esto no se ve de manera diferente en el Derecho penal tradicional de culpabilidad si solo se sustituye el concepto (de JAKOBS) de acción por el de “delito” o “figura delictiva”,⁹⁷ ya que estos también presuponen la culpabilidad. Sin embargo, este punto de vista no tiene en cuenta la nivelación de las categorías del concepto de delito que preceden a la culpabilidad tal como lo propuso JAKOBS pero que FRISCH, como veremos más adelante, critica con razón.

El *sentido de la acción* se tiene ahora en cuenta, como se ha visto, tanto en WELZEL como en JAKOBS, pero este sentido se determina de manera diferente en cuanto al contenido: en WELZEL como causalidad “vidente” de modo final, en JAKOBS como contribución comunicativa dentro de la semántica de una sociedad determinada (pp. 174, 193). En consecuencia, JAKOBS desarrolla aún más el concepto de *adecuación social*, que WELZEL introdujo para describir las dimensiones sociales del comportamiento delictivo, de manera sistemática-vinculada a la imputación y

⁹³ WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 65 (donde critica a von Liszt por hablar “exclusivamente de la sociedad en lugar del Estado” [“das Strafrecht habe die Geltung ‚positiver soziaethischer Aktwerte‘ zu sichern”]).

⁹⁴ Cf. solamente VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 22.ª ed., 1919, p. 6: “El delito es una acción antisocial” [“Das Verbrechen ist antisoziale Handlung”], es “una agresión a la sociedad misma” [“ein Angriff auf die Gesellschaft selbst”].

⁹⁵ *Supra* n. 53 y texto principal.

⁹⁶ Ver ya *supra* las n. 57 y 60 y texto principal.

⁹⁷ Sobre las figuras delictivas, cfr. BELING *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930, pp. 3 ss., 18.

funcional-social. Como es bien sabido, el concepto de WELZEL estaba –de acuerdo con el contexto histórico de la época– vinculado a ideas populares⁹⁸ y era, por consiguiente, indeterminado.⁹⁹ En la materialización subyacente queda demostrada la contraposición de WELZEL al modelo liberal de VON LISZT, que quiso erigir un baluarte contra la pretensión punitiva del Estado –representada en el ordenamiento moral del pueblo de WELZEL– con el enunciado del *nullum crimen*, especialmente en forma de la función de garantía del tipo penal (pp. 179 ss.). La vinculación (liberal) del juez a la ley de VON LISZT no podía ser simplemente derogada por referencia a las valoraciones del pueblo (p. 181). El desarrollo ulterior de la adecuación social de JAKOBS no tiene, por supuesto, nada que ver con las ideas antiliberales de WELZEL, pero se integra en su concepto poco convencional de norma –como “la encarnación de las condiciones en las que el comportamiento tiene un sentido delictivo, según las cuales es punible” (p. 182)– y se orienta hacia el fin de la estabilización de las normas sociales. La adecuación social muta así de una mera “directriz hermenéutica” para la interpretación de los tipos penales¹⁰⁰ hacia el punto de partida de la ya mencionada¹⁰¹ teoría holística de la imputación, en la que el ilícito se entiende sobre la base de las expectativas sociales –por así decirlo como “inadecuación social”– (p. 184).

Más claras serían las similitudes en cuanto a *la teoría de la pena* (pp. 184 ss.). Si, para WELZEL, se trataba de defender el ordenamiento jurídico mediante la ejecución (preventiva o represiva) del Derecho y si la pena se presentaba como una afirmación (preventivo general) del Derecho, entonces esto se correspondería a la estabilización contrafáctica de la norma en la obra de JAKOBS, aunque la comprensión popular de WELZEL del Estado fue, como ya se ha mencionado, reemplazada por la de la sociedad. En este sentido, JAKOBS se deshace del elemento probablemente más problemático de la doctrina de WELZEL. No obstante, el *concepto* similar de *persona* sigue encontrándose en la obra de WELZEL y JAKOBS, a saber, como una constitución (normativa) basada en las expectativas formuladas para la persona por la comunidad (del pueblo) o por la sociedad en cuestión. KINDHÄUSER critica a este respecto –como ya lo había hecho antes ZABEL– la “rigidez” de la vinculación del concepto de persona al seguimiento de las normas, que se traduciría en la “pérdida de personalidad” –que no es posible fundamentar desde el punto de vista de la historia de las ideas– o en la “despersonalización” cuando la norma colectiva no es seguida (pp. 191 s.). Por último, ambas doctrinas tienen también en común que ciertas conclusiones normativas y empíricas se derivarían del punto de partida ontológico o social, pero no es posible deducir lógicamente de esta manera. P. ej., ¿por qué un rol social determinado sociológicamente debería ser capaz de actuar como una prohibición de regreso jurídico-penal? (p. 193). En el contexto de las similitudes descritas, es sorprendente el (fuerte) énfasis en las diferencias en el análisis final (pp. 192 ss.).¹⁰² Sea como fuere, más interesante que la pregunta

⁹⁸ Crítico, p. ej., STICHT, *Sachlogik als Naturrecht*, 2000, p. 21, quien considera que el concepto “fomentaba la destrucción del Derecho suavizando y sustituyendo los tipos penales establecidos por fórmulas y cláusulas generales vacías” [“der Destruktion des Rechts durch Aufweichung und Ersetzung feststehender Tatbestände durch Leerformeln und Generalklauseln Vorschub”].

⁹⁹ WELZEL *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 142 (se refiere a “todas las actividades en las que la vida en comunidad tiene lugar según su orden históricamente determinado” [“alle Betätigungen, in denen sich das Gemeinschaftsleben nach seiner geschichtlich bedingten Ordnung jeweils vollzieht”]).

¹⁰⁰ ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, § 10/37.

¹⁰¹ *Supra* n. 15 y texto principal.

¹⁰² Cf. también PAWLIK, en JAKOBS, *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, 2017, p. IX (“en su actitud científica básica.... WELZEL [estaría] más cerca de lo que normalmente se percibe”, especialmente en relación con la realidad: “No inventar, sino encontrar...”) [“in seiner wissenschaftlichen Grundhaltung Welzel näher,

sobre quién es más didáctico (WELZEL) o sistemático (JAKOBS), parece en todo caso que la ruptura de JAKOBS con WELZEL es realmente tan radical como sugiere la famosa cita de JAKOBS en su manual.¹⁰³

6. Stephan AST analiza las diferencias y similitudes en las doctrinas de Günther JAKOBS y Armin KAUFMANN (pp. 195 ss.). Primero ve en ambos una base en la teoría de la acción, que también influye en la construcción analizada en mayor detalle de los delitos dolosos e imprudentes; ambos se centran en la posibilidad de dirigir la acción (p. 196). JAKOBS define el concepto de comportamiento como un concepto genérico para abarcar la acción y la omisión a partir de la posibilidad de evitar una diferencia en el resultado (p. 197).¹⁰⁴ La posibilidad de evitar un resultado presupone –en primer lugar– que el resultado aparece como contingente, al ser dependiente de la percepción de una alternativa de acción que el actor –en segundo lugar– habría percibido si hubiera tenido un motivo dominante para evitar. Así, JAKOBS defendió un concepto de acción cognitivista, construido jurídicamente, que va más allá de la mera finalidad (p. 198) y se extiende a la imputación en el Derecho penal: el fundamento de la imputación es la evitación y el objeto de la imputación en los primeros trabajos de JAKOBS es el resultado típico que debe ser evitado; posteriormente, (también) el daño a la vigencia de la norma (p. 198). Así se sientan las bases para los delitos imprudentes y dolosos.

Según JAKOBS, la *imprudencia* no se caracterizaría, como en el caso de KAUFMANN, por la violación de una norma de cuidado, sino positivamente por la generación evitable de un resultado y negativamente por la ausencia de dolo (pp. 201 ss.), es decir, por la capacidad posible (no actual) de actuar de otro modo desde la perspectiva del agente; así, como ya proclamó KINDHÄUSER, JAKOBS está más cerca del concepto causal de la acción que del finalista (p. 201). Si bien JAKOBS con esto quiere derivar el juicio de imprudencia de un entendimiento descriptivo de la capacidad de evitación, es decir, derivar un deber ser, esta capacidad de evitación se determinaría a menudo solo sobre la base de normas de cuidado, que no podrían considerarse como meros hechos en el contexto del juicio sobre la evitabilidad (p. 202). Por. ej., no podría esperarse de modo meramente fáctico-convencional o como carga, sino a partir del derecho, que no se deje caer ninguna piedra por una montaña porque podría herir a las personas (p. 203). La individualización de JAKOBS del estándar de imprudencia (posibilidad de evitación personal en el caso de un motivo de evitación dominante) puede explicarse por su modelo de dirección del comportamiento por la norma, porque presupone la existencia de un motivo de evitación dominante y la consiguiente posibilidad alternativa de acción (p. 204). Desde un punto de vista estructural, tal estándar de imprudencia significa que ya ha de tratarse en el ilícito y no recién en la culpabilidad.

También en el *delito doloso* se trata de la imputación sobre la base de la evitabilidad (p. 207), respecto del cual JAKOBS hace una diferencia en lo referente al requisito de un resultado de la acción (ilícito de resultado): por una parte, este requisito se relativiza, porque JAKOBS entiende la tentativa como un “quebrantamiento perfecto de la norma” [“als perfekten Normbruch”],¹⁰⁵ pues ya en la tentativa está presente el desacato comunicativo de la norma (p. 207); por otra parte, sin

als dies zumeist wahrgenommen wird“, insbesondere im Wirklichkeitsbezug: „Nicht erfinden, sondern finden...”].

¹⁰³ Cf., nuevamente, *supra* n. 8.

¹⁰⁴ JAKOBS, *AT*, § 6/24 ss., 32; EL MISMO, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 26.

¹⁰⁵ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 70; EL MISMO, *AT*, § 6/71; EL MISMO, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 12, 30.

embargo, JAKOBS reconoce la “importancia” [“Signifikanz”] del resultado:¹⁰⁶ porque el castigo del comportamiento relevante para el resultado crea la mejor legitimación de las normas de comportamiento subyacentes (p. 209). Del hecho de que la norma le requiera al destinatario una “*prognosis* del resultado” tampoco se desprendería que la ocurrencia real del resultado (“*realidad* del resultado”) sea irrelevante para la norma.¹⁰⁷ Además, JAKOBS objetiviza el ilícito de la tentativa al hacer referencia al riesgo permitido (justamente en el libro a la memoria de Armin KAUFMANN)¹⁰⁸ y señala la tentativa irracional como el límite comunicativo de la punibilidad, porque las acciones que son irrelevantes para la sociedad no pueden ser punibles (p. 213).

En sus observaciones finales (pp. 214 s.) AST destaca –además de la construcción específicamente jurídica del concepto de acción de JAKOBS (en contraste con el concepto ontológico final de acción)– el significado social (“condicionalidad”) de las acciones, que convertiría al concepto de acción un “elemento básico de la sociedad” y haría lucir “insuficiente de antemano a una concepción de acción desvinculada de la sociedad” (p. 215). Pero si el Derecho penal se refiere, por tanto, a la persecución de fines de protección orientados a la sociedad y a la comunicación con la sociedad, entonces según AST, y en contra de JAKOBS, “solo la intención o la violación de la norma” deben reconocerse como fundamentos para la imputación, y no, por consiguiente, la mera evitabilidad del resultado, respecto de la cual la intención solo sería necesaria en el caso del delito de doloso (p. 215).¹⁰⁹

7. En su explicación de los *fundamentos de filosofía y teoría social* del pensamiento de JAKOBS sobre el Derecho penal (pp. 217 ss.), Michael PAWLIK se ocupa en cierta medida de rehabilitar a su maestro, quien no sería “un villano cínico y críptico-totalitario”, sino un autor “que trabaja con más ahínco que casi cualquier otro para conceptualizar las ideas jurídico-penales según las condiciones de la modernidad” (pp. 253 ss.).¹¹⁰ PAWLIK acusa a los críticos de haberse “creado un hombre de paja”, “que en muchos puntos apenas tiene nada que ver con el pensamiento real de la persona que tanto los ha escandalizado” (p. 254). PAWLIK fundamenta su anticrítica con explicaciones enriquecidas por la Filosofía del Derecho y los enfoques interdisciplinarios sobre la obra de JAKOBS, que conoce mejor que nadie. Sus observaciones pueden resumirse en ocho tesis y al menos las tesis (iv) a (viii) van más allá de lo que se ha dicho hasta ahora:

i) JAKOBS es hegeliano (a este respecto ya SEELMANN) en la medida en que no considera a la *sociedad* (solo) como la suma de sus miembros –como HEGEL tampoco considera al “espíritu objetivo” solo como la suma de los individuos–, sino que le asigna una dinámica propia –“la dinámica propia de lo social” (p. 217)– y considera a las estructuras/instituciones sociales complejas como condiciones para el ser-persona: “La sociedad y el Estado... como requisitos de

¹⁰⁶ JAKOBS, *AT*, § 6/73.

¹⁰⁷ Cf. JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, p. 120: “De la necesidad *psicológica* de partir del *pronóstico* sobre el resultado no se [sigue] la necesidad *normológica* de partir de la *realidad* del resultado” [“Aus der psychischen Notwendigkeit, von der Erfolgsprognose auszugehen, [folgt] nicht die normlogische Notwendigkeit, von der Erfolgsrealität abzugehen”] (énfasis de K.A.).

¹⁰⁸ JAKOBS, «Tätervorstellung und objektive Zurechnung», en DORNSEIFER/HORN, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 271 ss. [hay versión en español: “Representación del autor e imputación objetiva”, *ADPCP*, (2), 1991, pp. 493 ss].

¹⁰⁹ AST se refiere a este respecto a su concepto voluntarista de acción desarrollado en *Handlung und Zurechnung*, 2018, pp. 154 ss.

¹¹⁰ Cfr., de modo todavía más conciso, PAWLIK, en JAKOBS, *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, 2017, p. VII ss.

la posibilidad de la subjetividad” (p. 219). La subjetividad es, pues, al mismo tiempo requisito y consecuencia de lo social (p. 220).¹¹¹

ii) La *acción* es un actuar lleno de sentido y comunicativamente relevante, un evento social, una “construcción social de interpretación”, que debe ser medida por el estándar de la semántica social vigente (pp. 221-223).

iii) Las *normas* presuponen un individuo exigente que es accesible a la comunicación, porque no causarían, ni forzarían (por amenaza de violencia, etc.) a nada, sino que darían razones para seguir la norma, pero dejan esto último al individuo maduro. Por consiguiente, las normas serían pasibles de ser lesionadas y requerían una estabilización (contrafáctica) para su vigencia, de ser necesario también por el Derecho penal (pp. 224 ss.). Las normas formarían patrones de orientación (p. 227) y si se reconociesen como correctas –lo que presupone convicciones fundamentales comunes de la sociedad correspondiente (p. 229)– el cumplimiento de la norma se internalizaría y sería, por así decirlo, automático. En cambio, la coacción causal externa destruiría la libertad. Así, aquí JAKOBS demuestra ser un pensador liberal original que hace hincapié en las limitaciones de la coacción jurídica y en el poder de la convicción social (p. 227).

iv) La base común de valores de cada sociedad sería el “*espíritu de la época*” [“Zeitgeist”] (pp. 229 ss.), que debe entenderse aquí en el sentido herderiano como la ubicación de una época (p. 230), su “autognosis normativa” [“normative[s] Selbstverständnis”].¹¹² Pero su determinación es “todo menos simple” (p. 232). Para JAKOBS, en todo caso, se trataría del “valor de la libertad” (p. 232), que sería entendido en un doble sentido como libertad para la configuración privada de la vida y para la participación política. Una vez más JAKOBS se presentaría como ultra-liberal, al anteponer la comprensión y la razón a la autoridad (p. 233)¹¹³ y al hacer hincapié en la igualdad de los sujetos de derecho y en la negociación procedimental de los conflictos (p. 233) y finalmente al considerar como una despersonalización inaceptable el sacrificio (sin limitaciones) a favor de la colectividad (p. 234).

v) Si el Derecho penal está hecho para una sociedad determinada y en la que se aplica, se encontraría *vinculado a su época* y sería contingente; se desarrolla con esa sociedad (pp. 235 ss.). La dogmática debería procesar las “convicciones de fondo” de la sociedad (p. 237), de lo contrario terminaría siendo “operacionalmente ciega” [“betriebsblind”].¹¹⁴ JAKOBS revelaría estas convicciones de fondo y así llevaría a cabo un análisis de presuposiciones¹¹⁵ en el mejor sentido (p. 237). Por eso, JAKOBS debió rechazar el ontologismo supuestamente intemporal de WELZEL, al igual que tuvo que reconocer el carácter temporal y relativo de su propio sistema, ya que este se aplica también únicamente a su sociedad (actual) (pp. 238 ss.).

vi) El “*pensamiento jurídico responsivo*” (pp. 242 ss.), que es fundamental para el sistema de JAKOBS, es decir, la búsqueda de respuestas para una sociedad determinada que hace el Derecho

¹¹¹ JAKOBS, *ZStW*, (2), 1995, p. 852.

¹¹² JAKOBS, en ENGEL (ed.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2008, p. 106; referencias adicionales en el trabajo de PAWLIK, p. 230.

¹¹³ JAKOBS, en ENGEL (ed.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2008, p. 108.

¹¹⁴ JAKOBS, *Nötigung*, 2015, p. 29 [hay versión en español: *Coacciones*, 2018].

¹¹⁵ Sobre el concepto de análisis de presuposiciones (como análisis y revelación de nuestras suposiciones – implícitas–), PAWLIK, p. 218.

en permanente confrontación con aquella, permite la separación entre los residuos (“rudimentos”) que ya no corresponden al espíritu de la época y el “nuevo recorte de la teoría general del delito” (p. 244). Esta idea reconocería al mismo tiempo la relación política de la dogmática (“forma especial de la política”, p. 244; no confundir con una reserva política)¹¹⁶. Sin embargo, el espíritu de la época solo constituiría el marco general de una teoría del delito, porque sería demasiado vago y heterogéneo, su necesaria concreción contingente y “parpadeante” (pp. 244 ss.).¹¹⁷ Al menos la “prestación de protección” (p. 246) puede identificarse como un factor de legitimación del Derecho penal estatal, que habla el idioma de un Derecho penal preventivo con un componente retributivo, sin por ello caer en el “sincretismo de las doctrinas habituales de la unión” (p. 246).¹¹⁸ Se trataría de un Derecho penal para los ciudadanos como seres racionales libres y sensibles a la comunicación, especialmente no como meras fuentes de peligro que deberían hacerse inofensivas (p. 246). Sin embargo, la cuestión de si las declaraciones de JAKOBS sobre el Derecho penal del enemigo solo representan despersonalizaciones selectivas (p. 246, con n. 289) se discutirá más adelante.

vii) La “prestación social global de una ciencia del Derecho penal responsiva” (pp. 247 ss.) consiste en garantizar un cambio “ordenado”. Aquí radica su contribución a la estabilidad social y a la legitimidad del Derecho. El funcionalismo de PARSONS o de LUHMANN, que a menudo se asocia a JAKOBS,¹¹⁹ no pretende realizar una prestación adicional, sino que presupone la legitimidad; por tanto, no es adecuado como método dogmático y desempeña un papel mucho menor en JAKOBS que la responsividad (pp. 248-250).

viii) El tan evocado espíritu de la época debería entenderse como una “expresión de la razón colectiva” (p. 251), y esta razón se basaría en los *principios estructurales de las sociedades occidentales actuales*, que representarían “la quintaesencia de la historia de la experiencia y el sufrimiento de Europa y gran parte del resto del mundo” (p. 253). Esta es una postura liberal e ilustrada que debe ser bienvenida, por lo que si bien la referencia de JAKOBS al “alma del pueblo” (p. 252) es inquietante por su proximidad a la comunidad del pueblo nacionalsocialista y su “sano sentimiento del pueblo”,¹²⁰ de todos modos, JAKOBS adopta el concepto de SAMSON¹²¹ y este último

¹¹⁶ Este sistema es común a los sistemas totalitarios, en este sentido, originariamente sobre el Derecho nacionalsocialista RÜCKERT, «Strafrechtliche Zeitgeschichten. Vermutungen und Widerlegungen», *KritV*, 2001, pp. 223 ss., 242 ss.; también AMBOS, *National Socialist Criminal Law*, 2019, pp. 28 ss. [*Derecho Penal Nacionalsocialista*, 2019, pp. 63 ss.].

¹¹⁷ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 31: En una sociedad liberal no existe un deber general de ayuda (“cada uno debería ser el guardián de los demás en todo momento...” [“jeder müsse jederzeit eines jeden anderen Hüter sein...”]) y “por tanto las decisiones sobre la existencia de los deberes ‘parpadean’ dependiendo de la comprensión previa del ‘carácter básico’ de la sociedad” [“deshalb «flackern» die Entscheidungen über den Bestand von Pflichten je nach dem Vorverständnis vom gesellschaftlichen «Grundcharakter»”] (nota al pie omitida).

¹¹⁸ Sobre la crítica a las teorías de la unión, cfr. JAKOBS, «Zur Gegenwärtigen Straftheorie», en KODALLE, *Strafe muss sein! Muss Strafe sein?*, 1998, pp. 29 ss.

¹¹⁹ Según PAWLIK, p. 249, “injustamente”.

¹²⁰ Al respecto AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2019, pp. 26 ss. [*Derecho Penal Nacionalsocialista*, 2019, pp. 61 ss.]. Sobre estas preocupaciones en relación con la medición de la pena, KASPAR, «Verfassungsrechtliche Aspekte einer empirisch fundierten Theorie der Generalprävention», en KASPAR/WALTER, *Strafen „im Namen des Volkes“?*, 2019, p. 61.

¹²¹ Cf. JAKOBS, «Erfolgsunwert und Rationalität», en JOECKS/OSTENDORF/RÖNNAU/ROTSCH/SCHMITZ, *Recht - Wirtschaft - Strafe: Festschrift für Erich Samson*, 2010, p. 52.

concepto tiene un origen más antiguo.¹²² En cualquier caso, esto es completamente superfluo, porque también en este caso se trata, en última instancia, de nuevo del dominio de la sociedad existente (justamente denominada como pueblo) en lo que respecta al establecimiento y la vigencia de las normas. En resumen, las normas no pueden existir sin la sociedad.

8. Tras una reconstrucción de lo que llama el enfoque funcional a la sociedad de JAKOBS (pp. 258 ss.), Ulfrid NEUMANN pasa a los *criterios de criminalización* (pp. 261 ss.). En lugar de la protección de bienes jurídicos, se trataría de proteger las normas para estabilizar la identidad social, porque el bien jurídico carecería de sentido –sobre todo en el contexto del concepto comunicativo de acción ya mencionado anteriormente–, pero sería, por sobre todo, vacío e indeterminado.¹²³ Sin embargo, a la pregunta correctamente formulada por NEUMANN debe seguirle la pregunta de si el concepto de normas es más específico, ya que las normas que deben estabilizarse no son concretizadas (pp. 261 s.). Sea como fuere, el alejamiento de JAKOBS del concepto de bien jurídico es tal vez más claro en su fundamentación en dos etapas de la protección de la moralidad en el Derecho penal (pp. 262 ss.): en primer lugar, la “buena” moral debería ser protegida porque estabilizaría a la sociedad en cuestión; en segundo lugar, no obstante, la “moralidad *per se*” también sería digna de protección sin un fin concreto, porque constituiría la base común de la sociedad. De ello se desprende entonces la criminalización supuestamente legítima de un estilo de vida –lo que luego se criticará–, p. ej., el consumo (hedonista) de las llamadas drogas blandas (pero sin embargo prohibidas).

En el modelo de JAKOBS, la *imputación* se entiende en vista a la contradicción normativa que existe en los hechos como imputación de precisamente esa contradicción a una persona competente (pp. 264 ss.). Como ya hemos visto, se trata de confirmar la norma violada por esta persona y la culpabilidad desempeña un papel central, ya que determina el significado (jurídico-penalmente relevante) de la conducta incriminada o su ausencia de sentido (como mera naturaleza). Sin embargo, NEUMANN tiene buenas razones para dudar de que esa devaluación del ilícito que se encuentra asociada a esto se corresponda realmente con la valoración social. ¿No sería más bien que el comportamiento de un autor incapaz de culpabilidad (p. ej., un borracho carente de sentido que, en este estado, p. ej., mata a una persona) muy probablemente sea entendido como un ilícito jurídico-penalmente relevante (y de ahí que el autor sea sancionado con una medida), a diferencia de la muerte de la víctima por una rama caída (p. 265)?

En lo que respecta al ámbito de las *sanciones* (p. 266 ss.), JAKOBS entiende la pena como una compensación por el daño a la vigencia de la norma. La cuantía de la compensación se determinaría, así, en función de lo que sería necesario para mantener la vigencia de la norma infringida (no el mejoramiento de su vigencia), es decir, para una estabilización a nivel social de la norma. Como ya hemos visto anteriormente (al dar cuenta del trabajo de PAWLIK), esto no puede determinarse para todas las épocas, porque la sociedad y sus normas están sujetas a cambios constantes, a partir de lo que obviamente vuelve a surgir la objeción de la indeterminación. Además: ¿Cómo es posible justificar la imposición de dolor penal en un sistema

¹²² Cfr. con más detalle, RÜCKERT, «Das „gesunde Volksempfinden“ – eine Erbschaft Savignys?», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*, 1986, p. 199 (especialmente sobre SAVIGNY pp. 235 s.). Esto apoya la tesis de continuidad (retrospectiva), AMBOS, *National Socialist Criminal Law*, 2019, pp. 30 s. [*Derecho Penal Nacionalsocialista*, 2019, pp. 33 ss.].

¹²³ Cf. aquí solo JAKOBS, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, 2012, p. 22 (sobre el “desastroso carácter vacío” [“desaströsen Leere”] del concepto de bien jurídico).

basado en la comunicación, si este dolor fuese más allá de la pena como un acto puramente comunicativo (p. 267)? JAKOBS considera que el dolor penal es necesario para el sustento cognitivo y NEUMANN, con razón, aboga por la disuasión en la materia, por lo que el mismo JAKOBS concede que anteriormente no habría tenido en cuenta este “lado cognitivo de la vigencia normativa” que se refiere a los “efectos socio-psicológicos” de la pena.¹²⁴ La disuasión para la salvaguarda cognitiva de la vigencia normativa se convierte así en el “*fin*” de la pena; la negación contrafáctica del acto (la “contradicción contra la negación de vigencia llevada a cabo por el delincuente” [“Widerspruch gegen die Geltungsverneinung durch den Verbrecher”]) es su “*significado*”.¹²⁵ En este contexto, la pena tendría diferentes funciones y destinatarios (p. 268): en su función manifiesta (abierta, de confirmación normativa) se dirigiría a “personas”, es decir, sería una pena en el marco del Estado de Derecho; en su función latente (relacionada con la disuasión) se dirige a no personas, porque solo estas necesitarían un sustento cognitivo.

Con esto se aborda el concepto normativo central, pero también ambiguo, de *persona*, según el cual la persona normativamente abordable debería distinguirse del individuo que actúa únicamente según “deseo” [“Lust”] y “disgusto” [“Unlust”] y sería definida por su vinculación en términos de deberes –por el esquema “deber ser/espacio libre” [“Sollen/Freiraum”] o “deber/arbitrariedad” [“Pflicht/Willkür”] (p. 269)–.¹²⁶ Pero este concepto de persona sería –con independencia de connotación de Derecho penal del enemigo, que analizaremos más adelante (al tratar la contribución de MERKEL)– extremadamente “especulativo” (p. 273), lo que generaría, por un lado, un distanciamiento de los análisis sociológicos del modelo de JAKOBS y, por otro lado, consecuencias normativas muy controvertidas (pp. 273 s.). La pérdida de personalidad en virtud de un comportamiento contrario a la norma en el caso de JAKOBS sería, como ya criticaron ZABEL y KINDHÄUSER, extremadamente rígida, pues ya a causa de una infracción normativa JAKOBS consideraría a esa persona como un “defecto”.¹²⁷ Esta produciría un cambio desde la persona “material” hacia una meramente “formal” y la recuperación del estatus pleno de persona – mediante una conducta futura conforme a la norma– quedaría excluida desde el principio. Esto daría lugar a la “consecuencia contraintuitiva” de que el autor no podría ser considerado un destinatario de la imputación, porque la imputación presupondría un carácter material de persona (p. 275).¹²⁸ Pero, por otro lado, consideraríamos a esta persona formal (el delincuente) como responsable del acto cometido y la castigaríamos; el autor sería, por tanto, “necesariamente también el destinatario del acto comunicativo de imputación” (p. 275).

¹²⁴ Cfr. JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 31 con la n. 147: “Algunas doctrinas de la prevención general positiva (algunas de *mis* observaciones...) descuidan el lado cognitivo de la vigencia de la norma, degradando al menos parcialmente los efectos socio-psicológicos (¿disuasión! o un poco menos: confirmación de la lealtad a la norma) a efectos secundarios. El estrechamiento de mi visión debe ser corregido aquí” [“Manche Lehren von der positiven Generalprävention (so einige *meiner* Ausführungen...) vernachlässigen die kognitive Seite der Normgeltung, indem sie die sozialpsychologischen Wirkungen zumindest teilweise (Abschreckung! Weniger: Bestätigung von Normtreue) zu Sekundäreffekten degradieren. Die Verengung meiner Ansicht soll hier korrigiert werden”] (resaltado en el original).

¹²⁵ JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 29.

¹²⁶ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3.^a ed. 2008, pp. 33, 132.

¹²⁷ JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, 2008, p. 32: “Una persona no se comporta criminalmente, sino que se determina por el Derecho vigente. De lo contrario es defectuosa” [“Eine Person verhält sich nun einmal nicht ver- brecherisch, sondern bestimmt sich durch das geltende Recht – ansonsten ist sie defekt”].

¹²⁸ Cf. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3.^a ed. 2008, p. 90 (según la cual una persona formal no puede ser considerada como destinataria de imputación).

Más fundamentalmente, NEUMANN también plantea cuestiones críticas con respecto al *papel del Derecho penal* en la preservación de la identidad normativa de la sociedad (pp. 270 ss.). Primero se plantea la cuestión de cómo sería posible determinar esta identidad desde un principio. De hecho, ¿de qué normas o complejos de normas se trataría? Después de todo, no todas las normas pueden ser consideradas de igual manera con respecto a su función de asegurar la identidad. Por ejemplo, uno se podría preguntar, con mucha razón, si la violación del estilo de vida por el consumo de cannabis, como afirma JAKOBS, amenaza realmente la identidad de la sociedad, de modo que una criminalización apareciese como legítima y la despenalización quedase descartada; esto sería difícilmente compatible con una teoría liberal de los bienes jurídicos. La cuestión del papel que debe desempeñar el Derecho penal en la preservación de la identidad social es incluso más fundamental, ya que hay también otros factores, como la religión, que – dependiendo de la sociedad – podrían tener una importancia mucho mayor. Por último, el modelo funcionalista – como mero “enfoque descriptivo-analítico” (p. 272) – no se pronunciaría sobre la legitimidad del Derecho penal. Aunque la funcionalidad del Derecho penal es una condición necesaria para su legitimidad, JAKOBS se ocupa principalmente de “describir las condiciones funcionales de la sociedad” [“um die *Deskription* der Funktionsbedingungen von Gesellschaft¹²⁹”] y la legitimidad de una norma penal solo podría “ser determinada en relación con el sistema social respectivo” (p. 273). Aquí también está la objeción de la neutralidad valorativa, sobre la que volveremos (al analizar la contribución de CANCIO). A pesar de estas cuestiones críticas, NEUMANN considera que el modelo de JAKOBS es “pasible de generar una conexión” también para quienes no están de acuerdo con este o solo lo están en parte (p. 276).

9. Wolfgang FRISCH aborda, en un artículo de casi 50 páginas (!), la teoría de la pena, el concepto de delito y el sistema del hecho punible en la obra de JAKOBS (pp. 647 ss.). La extensión del artículo se explica, entre otras cosas, por el hecho de que FRISCH resume la doctrina de JAKOBS y las “principales líneas críticas” antes de continuar con su evaluación. El resumen parecería ser innecesario, especialmente en un volumen sobre la obra de JAKOBS, porque al lector le interesa principalmente lo que un científico del Derecho penal tan importante como FRISCH piensa de las posturas de JAKOBS. A propósito, cabe señalar que la contribución se encuentra en la tercera parte del libro “Historia de la influencia y panorama”, pero en realidad pertenece a los fundamentos, por lo que en esta reseña se la analiza aquí.

En lo que interesa a los fines de esta reseña, FRISCH está de acuerdo con los esquemas básicos de JAKOBS (pp. 654, 657 ss.) y, en sus propias palabras, los “acuerdos en las cuestiones centrales y a nivel intelectual” serían lo “que más peso tiene” (p. 695). En lo que respecta a la *teoría de la pena* (pp. 657 ss.), FRISCH considera que una comprensión comunicativa de la pena como quebrantamiento expresivo (significativo) de las normas es fundamentalmente correcta, pero hace hincapié – por así decirlo, de manera naturalista – en el quebrantamiento del bien concreto que se produce al mismo tiempo (p. 659). También formula la pregunta correcta – ya formulada por NEUMANN – de por qué en un sistema comunicativo del hecho punible, además de la desaprobación del acto expresada judicialmente en el contexto de un procedimiento formal (p. 667), debería ser necesaria la imposición de un mal o un dolor penal, es decir, una intervención efectiva en los derechos del autor. Su respuesta es, en definitiva – en coincidencia con JAKOBS – una centrada en la efectividad: solo una imposición real de la pena garantiza el aseguramiento cognitivo de la norma (pp. 653 s.), lo que, por cierto, también puede, según FRISCH, probarse empíricamente, p. ej. en el Derecho penal económico (pp. 668 s.). La injerencia en los derechos

¹²⁹ JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, 1993, p. 30 (énfasis en el original).

del autor, vinculada a esto, por supuesto hace que la imposición del dolor penal necesite una legitimación especial (p. 662). En conclusión, FRISCH está de acuerdo con JAKOBS en que la finalidad de la pena es asegurar la vigencia de la norma (pp. 663 ss.), pero exige una *precisión* a este respecto en lo que se refiere a la medida (necesitada de concreción) de la vigencia de la norma: estaría limitada por el grado de pena admisible con arreglo a las disposiciones del derecho de la medición de la pena y por las reglas de procedimiento aplicables (pp. 664 ss.).¹³⁰ Por lo demás, sin embargo, la pena no podría medirse como el mero reverso del daño a la vigencia de la norma, porque este daño no podría medirse con precisión; sin embargo, no habría más alternativa que imponer el mal asociado a la pena para restablecer el poder preventivo de la conminación penal (pp. 670 ss.).

En lo que respecta al *sistema del hecho punible* de JAKOBS (pp. 674 ss.), FRISCH se abstiene en un primer momento de tratar el concepto autónomo de acción (ya mencionado), porque no espera ningún beneficio significativo de algo así (p. 682). En general, FRISCH considera deseable un sistema funcional del hecho punible en la medida en que la pena se legitime en función de su esencia y de la injerencia en los derechos que produce (pp. 682 ss.). Sin embargo, también especifica aquí, y en términos conceptuales y materiales, que sería mejor hablar de un sistema del hecho punible funcional referido a la legitimación, porque se trataría –también para JAKOBS– principalmente de una cuestión de castigar para mantener la vigencia de la norma, por lo que la satisfacción de la confianza en la norma de la población respetuosa del Derecho (lo que está sometido al reproche de instrumentalización) se produce solo como un efecto secundario; JAKOBS también reconoce muchas excepciones al castigo por ausencia de culpabilidad, que en los hechos están en consonancia con las tradicionales causas de exclusión de la culpabilidad o de exculpación (pp. 683, 685 s.).

En lo que respecta al *concepto funcional de culpabilidad*, la concepción de “competencia” (“Zuständigkeit”) de JAKOBS sería, en efecto, atractiva desde el punto de vista asociativo, pero en última instancia poco compleja (en mis propias palabras), por lo que también es necesaria una precisión y diferenciación a este respecto (pp. 686 ss.). Así, la impunidad no siempre podría explicarse por la falta de *competencia*, p. ej., no en el contexto de los §§ 20, 17 y 35 *StGB* (p. 688) [Nota del traductor: esos parágrafos del Código Penal alemán regulan, respectivamente, la incapacidad de culpabilidad, el error de prohibición y el estado de necesidad exculpante]; en última instancia, el concepto oscurecería las diferentes razones de la impunidad, lo que daría lugar a una “equiparación de lo que resulta heterogéneo” (p. 689). La impunidad tampoco puede justificarse siempre por consideraciones de prevención general, pero JAKOBS las traslada a los casos (p. ej., del § 20 *StGB*) en los que la impunidad habría de fundamentarse de otra manera (a saber, en el caso del § 20 *StGB*, por la falta de capacidad del autor en el momento del delito) (p. 691). Por último, JAKOBS redefinió innecesariamente el concepto de culpabilidad, vinculado a la retribución, de manera funcional, en lugar de preguntar de manera más coherente (en el sentido de su sistema del hecho punible) cuándo “existe un caso de desacato o deslealtad al Derecho” (pp. 691 ss.). A este respecto, JAKOBS se habría “detenido poco antes de alcanzar su objetivo” y

¹³⁰ FRISCH dice que el fin de la pena está limitado en cuanto a “alcanzar el nivel de cumplimiento normativo que puede garantizarse mediante las penas disponibles como niveles de pena permisibles y que también puedan imponerse de acuerdo con las reglas de procedimiento que deben observarse” [“„der Erreichung jenes Maßes an Normeinhaltung, das durch die Strafen gewährleistet werden kann, die als zulässige Strafgrößen zur Verfügung stehen und auch nach den zu beachtenden Verfahrensregeln verhängt werden dürfen”] (p. 665).

“no habría persistido lo suficiente en hacer más preguntas en sus propias categorías, sino que retornó al universo conceptual de otra teoría de la pena...” (p. 692).

Finalmente, FRISCH rechaza la *devaluación* de JAKOBS *del tipo y del ilícito* en meros conceptos auxiliares (de la culpabilidad) (pp. 692 s.) –lo que ya fue señalado de modo crítico anteriormente–, porque esto le asignaría un papel demasiado subordinado a categorías independientes con una importante función eliminatoria; en la práctica, estas categorías son incluso más importantes que la culpabilidad, lo que se demuestra por el hecho de que la punibilidad, si se rechaza, suele fracasar ya por la falta de realización de los elementos del tipo o la existencia de una causa de justificación. Además, estos conceptos (sobre todo el de tipo penal) contendrían mensajes normativos centrales y, por tanto, serían fundamentales para un sistema de Derecho penal orientado a las normas (p. 693). Esto fue reconocido en última instancia por JAKOBS a través de su más reciente énfasis en la importancia de las normas de conducta –en las que se basan los tipos penales– (pp. 693 ss.).¹³¹ FRISCH concluye sus reflexiones con un esbozo *de su propio proyecto de sistema* (pp. 694 s.), que está estructurado en tres partes: el tipo, la desviación del ordenamiento conductual del Estado (norma de conducta no justificada) y la culpabilidad como falta de respeto frente al Derecho (lo que incluye las causas de exclusión de la culpabilidad y las causas de exculpación).

10. Volker HAAS se ocupa de la *teoría del delito* de JAKOBS (pp. 277 ss.), en la que estaría incluida su doctrina del concepto de ilícito y de acción (infracción normativa imputable y acontecimiento jurídico-penalmente relevante), porque el concepto de delito de JAKOBS sería un concepto material que remite a la legitimidad de las normas (p. 277). Tras esta aclaración terminológica introductoria, HAAS reconstruye primero el concepto de delito de JAKOBS (pp. 278 ss.) y repite lo que ya se conoce: el delito como contradicción comunicativa de la norma, “contrasentido” [“Gegensinn”]¹³²; restauración contrafáctica de la norma mediante la pena (significado), cuyo fin es la preservación de la identidad social (pp. 278 ss.); se trata, pues, de estabilizar la norma y la lealtad al Derecho (p. 281). Aunque un sentido, incluso una antítesis, ya se manifiesta como un proceso comunicativo contra la comprensión normativa imperante, el punto de JAKOBS es, como sabemos ahora, que la culpabilidad, en forma de falta de lealtad al Derecho, es decisiva, por lo que el comportamiento sin culpabilidad carecería de sentido y, por tanto, sería “naturaleza” (pp. 281 ss.); así que incluso el ilícito, en el mejor de los casos, es indicio de una “expresión de sentido” [“Sinnausdruck”] defectuosa.¹³³ De este modo, JAKOBS aboga por el –ya mencionado¹³⁴– “*tipo de imputación global*” de carácter *holístico*, en el que la imputación de la contradicción a la norma a una persona competente solo se convierte entonces en una culpabilidad penalmente relevante si la conducta, según su sentido, resulta ser una expresión de falta de lealtad al Derecho, es decir, en el contexto total de la comunicación social (pp. 285 s.). El sentido jurídico-penal de la acción consistiría entonces –siguiendo a HEGEL– en “hacerse culpable” (p. 285).

A esta reconstrucción esencialmente ya conocida le sigue un profundo examen de la teoría del delito de JAKOBS (pp. 286 ss.), que no se puede trazar en detalle aquí. HAAS también está de

¹³¹ Cfr. a este respecto únicamente JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 26 s., 28 s. (“conducta” [“Verhalten”] no permitida en el contexto de los deberes negativos).

¹³² JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 11; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 13 y 22.

¹³³ JAKOBS, *ZStW*, (2), 1995, p. 864.

¹³⁴ *Supra* n. 56 y texto principal con referencia a JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 24.

acuerdo con la interpretación que hace JAKOBS del Derecho penal como una institución social con un fundamento normativo y el consiguiente rechazo de un concepto pre-jurídico de acción del que todo pueda derivarse (pp. 286 s.). Sin embargo, luego plantea numerosas cuestiones críticas y sumamente complejas: si la autognosis de la comunidad jurídica resultase ser el punto de referencia decisivo para las normas de Derecho penal, entonces debería constatarse que esta comunidad se orienta más bien a la violación de objetos concretos del delito que a la infracción de las normas subyacentes. ¿Por qué un sistema comunicativo requiere más –como ya señalaron NEUMANN y FRISCH– que la mera contradicción comunicativa, es decir, la imposición de un verdadero dolor penal? ¿Se trata de una cuestión de vigencia empírica o normativa? ¿Cómo podría la pena preservar directamente la identidad social constituida por las normas, es decir, cómo podría no ser un mero medio de preservarlas sin fundamentar *eo ipso* un cambio de esta misma identidad incluso en el caso de una renuncia a la pena? HAAS (al igual que FRISCH) rechaza la nivelación de JAKOBS de ilícito y culpabilidad por tres razones (p. 293 ss.): en primer lugar, por consideraciones de teoría de las normas (que no pueden presentarse aquí); en segundo lugar, por la distinción entre ilícito y culpabilidad, que se establece en las medidas de mejora y aseguramiento (de Derecho positivo); y, en tercer lugar, por la pertinencia pragmática de esta distinción. Por último, HAAS considera que la responsabilidad del autor por la conmoción normativa de terceros (es decir, un aspecto de prevención general), insinuada por JAKOBS, no se encuentra presentada de manera convincente (p. 304).

3. Derivaciones (dogmáticas)¹³⁵

1. El examen de Wolfgang WOHLERS de la *teoría del bien jurídico* de JAKOBS (pp. 307 ss.) se limita esencialmente a la comparación entre la comprensión de JAKOBS, orientada a la sociedad y a las normas, y la teoría del bien jurídico (crítica a nivel sistemático y de la legislación). Como ya se ha mostrado anteriormente (especialmente al analizar la contribución de NEUMANN), JAKOBS rechaza la teoría del bien jurídico porque el Derecho penal garantizaría “la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos” [“Normgeltung, nicht Rechtsgüterschutz”].¹³⁶ Muchos autores comparten su crítica a la teoría del bien jurídico por ser poco clara y vacía, ya que su contenido solo puede ser determinado por criterios externos (pp. 314 ss.).¹³⁷ WOHLERS también está de acuerdo con JAKOBS en cuanto al escaso rendimiento y potencial crítico de la teoría del bien jurídico (pp. 310, 316), pero quiere mantenerla y considerar bienes jurídicos a aquellos bienes que merecen protección según el punto de vista del legislador (p. 320). La orientación de JAKOBS hacia las normas sociales dominantes, con las cuales legitima, entre otras cosas –como ya se ha dicho en parte–, la criminalización del incesto, la “buena” moral y, p. ej., también el consumo de drogas blandas (como “estilo de vida”), se enfrenta en última instancia a los mismos problemas que la teoría del bien jurídico crítica del sistema, ya que las representaciones valorativas subyacentes están en última instancia fijadas políticamente, pero no pueden ser fundamentadas científicamente (pp. 323 ss.). Precisamente esta acusación de JAKOBS contra la

¹³⁵ En cuanto a las contribuciones que no se han tenido en cuenta, cfr. *supra* n. 7.

¹³⁶ JAKOBS, «Was schützt das Strafrecht?: Rechtsgüter oder Normgeltung», en SHIBASHI, *Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Seiji Saito zum 70. Geburtstag*, p. 17 (780 [numeración japonesa]), 21.

¹³⁷ JAKOBS, *AT*, § 2/24: Referencia a criterios que “siempre tienen que ser abordados desde el exterior al bien o a la institución” [“immer von außen an das Gut oder an die Institution herangetragen werden”]. Sobre el “desastroso carácter vacío” [“desaströsen Leere”] ya mencionado en la n. 123.

teoría de los bienes jurídicos –que se basaría en “un punto de partida político, no científico”¹³⁸ [“ein politischer Ausgangspunkt, kein wissenschaftlicher”]– podría, por tanto, volverse también en su contra. En principio, esto es algo con lo que hay que estar de acuerdo, pero el modelo de JAKOBS, después de todo, expone las valoraciones sociales externas y obliga a cerciorarse de su existencia, mientras que la teoría del bien jurídico –en todo caso en el sentido de BINDING¹³⁹– suele limitarse a declarar los bienes dignos de protección.

2. Reinhard MERKEL aborda el *Derecho penal del enemigo* de JAKOBS –¡que (por supuesto) no podía faltar en este volumen!– de una manera decididamente conceptual-histórica y teórica (pp. 327 ss.) –que va más allá de la discusión que se produjo hasta ahora (al menos en lo que resulta posible constatar).¹⁴⁰ De allí se extraen las “condiciones normativas de un concepto de Derecho penal del enemigo” (pp. 336 ss.), junto con los límites de las posibilidades de reacción jurídica. Mientras que JAKOBS solo explica el alcance (“extensión”) del concepto de enemigo –enemigo como “un individuo que ... presumiblemente se ha apartado permanentemente del Derecho y en este sentido no garantiza la seguridad cognitiva mínima de la conducta personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento”–, MERKEL llega al fondo del significado (“intensión”) a través del recurso a los planteos de Teoría del Estado de, sobre todo, HOBBS y Carl SCHMITT (pp. 330 ss.). A este respecto, se centra la atención en la distinción entre el *inimicus*, como enemigo privado e interno, quien es y sigue siendo parte de la sociedad civil, y el *hostis* como enemigo público, que ataca a la sociedad en su conjunto o cuyas acciones son en cualquier caso de excepcional importancia pública. Más allá del uso bastante diferente del concepto en los clásicos al que se refiere MERKEL, “el concepto estándar para el Derecho penal enemigo” (p. 335) sería en todo caso el de *hostis*.

De esto es posible extraer cuatro condiciones vinculadas o *criterios* materiales, que son necesarios, pero no suficientes, para la reacción del Derecho penal del enemigo (pp. 336 ss., 345): i) la especial peligrosidad del enemigo; ii) la anomia permanente, al menos parcial y grave, de su comportamiento o su aversión al Derecho; iii) su imprevisibilidad amplia o completa (amenaza permanente); y iv) por último, la capacidad de culpabilidad. El segundo criterio es justificado por JAKOBS con la “obligación elemental de dar” [“elementare Bringschuld”] que tiene el ciudadano en miras a “cuidar la base [cognitiva] de la presunción del comportamiento jurídico futuro” [“Grundlage der Vermutung zukünftigen Legalverhaltens zu pflegen”].¹⁴¹ MERKEL contradice esto, ya que el estatus de persona no debería ser merecido, sino que probablemente se podría perder “por la constante violación del deber fundamental de obediencia al Derecho”, por lo que no es una obligación de dar en el sentido de un deber de brindar una prestación, sino de un deber de omitir (p. 340). A este respecto, MERKEL también pone en duda la tesis de JAKOBS de que la

¹³⁸ JAKOBS, *FS Saito*, p. 31.

¹³⁹ Cf. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 4.^a ed. 1922, pp. 353 ss. (según el cual el bien jurídico es todo aquello que el legislador define como “algo” [“Etwas”] digno de protección, porque “tiene valor para la comunidad jurídica como condición de una vida sana...” [“als Bedingung gesunden Lebens der Rechtsgemeinschaft für diese von Wert ist...”]).

¹⁴⁰ La literatura, especialmente en español, es inmanejable y MERKEL ni siquiera intenta realizar una comprobación completa. Sobre la literatura hispano-italiana ver las recientes referencias en ROSSI, «Crisis y transformación de los sistemas penales en Europa en el ámbito de la lucha contra el terrorismo internacional», *Revista Penal*, 2020, pp. 207 (217 con n. 74), donde sobre esta base se hace la afirmación no solo atrevida, sino también engañosa, de que el concepto es criticado “en todo el mundo” (!).

¹⁴¹ JAKOBS, «Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtllichkeit», *HRRS*, (8-9), 2006, pp. 289, 293.

infracción normativa por parte del individuo perjudica la “realidad” de la vigencia de la norma en su conjunto. Pues la conducta de un individuo no podría anular el efecto de la norma en la sociedad en su conjunto; la contradicción permanente de un individuo a la norma no destruiría la vigencia del Derecho en su conjunto y, por tanto, no tendría efecto en la sociedad en su conjunto (pp. 341 ss.). MERKEL argumenta de manera similar con respecto a su tercer criterio de la imprevisibilidad del autor: también a este respecto, ni siquiera la delincuencia habitual pone en peligro la confianza básica de la sociedad en su conjunto y, por tanto, no convierte al delincuente habitual en un *hostis publicus* (pp. 343 s.). Por último, en lo que respecta al criterio de capacidad de culpabilidad, MERKEL sigue la línea de JAKOBS en el tema, cuando este último considera que el accionar de las personas incapaces de culpabilidad sería naturaleza debido a sus características intencionales y de ahí que no considera que la inobservancia del mandato normativo sea personalmente imputable (p. 344). Sin embargo, los criterios mencionados solo serían suficientes para calificar a un autor como enemigo si su ataque estuviese dirigido contra la comunidad constitucional como un todo (p. 345).

Según estos criterios, el terrorista resulta ser un *hostis publicus* paradigmático (pp. 345 ss.), incluso un enemigo de la humanidad (*hostis humani generis*) (pp. 348 ss.), por lo que MERKEL deja abierto a este respecto si el Derecho penal internacional –junto con el derecho anti-terrorista– también puede ser llamado Derecho del enemigo (p. 350). La valoración que realizó TESAR¹⁴² de este último como “Derecho penal de lucha” ya era sospechosa, aunque solo sea por la apologética nazi que estaba muy extendida en aquel momento (1953), pero sobre todo porque fueron los juristas nazis los que utilizaron el concepto contra sus enemigos.¹⁴³ La referencia de MERKEL contra JAKOBS al ordenamiento del Derecho internacional humanitario como marco normativo vinculante (p. 349, con n. 68) es correcta.¹⁴⁴ Pero, según el propio JAKOBS, incluso con los enemigos terroristas no se podría proceder de manera arbitraria, sino que habría que observar las “obligaciones autoimpuestas del Estado orientadas a fines” [“zweckorientierten Selbstbindungen des Staates”].¹⁴⁵ En los hechos, se derivarían del principio de estado de necesidad (admisibilidad de repeler el peligro para salvaguardar las relaciones jurídicamente existentes) y de los derechos humanos (pp. 350 ss.). Esto no excluye, ciertamente, la “contaminación de derecho policial que tiene el Derecho penal” [“polizeirechtlichen Verschmutzungen des Strafrechts”],¹⁴⁶ es decir, la penetración de consideraciones de derecho de prevención de peligros, que JAKOBS ya ha reconocido. El derecho general de seguridad¹⁴⁷ ya está anclado en el pensamiento de JAKOBS, pero el término no se encuentra en la contribución de

¹⁴² TESAR, «Die naturrechtlichen Grundlagen der ‘Crimes against Humanity’», en KONSTANTOPOULOS/LAUN/WEHBERG, *Gegenwartsprobleme des internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie. Festschrift für Rudolf Laun zu seinem 70. Geburtstag*, 1953, pp. 423, 443 (“...enunciados de Derecho penal que pertenecen al mencionado Derecho penal de lucha...” [“... Strafrechtssätze, die dem genannten Kampfstrafrecht angehören ...”]).

¹⁴³ Cf. AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2019, pp. 45 s., 58 [*Derecho Penal Nacionalsocialista*, 2019, pp. 92 ss., 113], con referencias adicionales.

¹⁴⁴ Contra JAKOBS, en este sentido, ya AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, pp. 63 s. y *supra* n. 26.

¹⁴⁵ JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 44 (énfasis en el original).

¹⁴⁶ JAKOBS, «Terroristen als Personen im Recht?», *ZStW*, (4), 2005, p. 839.

¹⁴⁷ Cf. AMBOS, «Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft?», *ZIS*, (10), 2020, p. 254 con referencias adicionales).

MERKEL.¹⁴⁸ Lo que se desprende de todo esto sería un “reconocimiento no ideal” del Derecho penal del enemigo en el sentido de la justicia no-ideal de RAWLS,¹⁴⁹ es decir, la justicia en las “less happy conditions” de las relaciones reales. En este caso: la amenaza y la lucha contra el terrorismo internacional. En este contexto, el Derecho penal del enemigo de JAKOBS demostraría ser un “alborotador productivo” en las “esferas puras de la teoría ideal del Derecho penal” (p. 356).

3. El discípulo de JAKOBS, Bernd MÜSSIG, explica el *concepto de imputación* de JAKOBS, que, como ya se ha mencionado al principio (véase también el análisis de las contribuciones de ZABEL y HAAS), ha de ser entendido como un sistema holístico –que va más allá de la imputación de resultados típicos en sentido estricto– (pp. 357 ss.). Los fundamentos de este sistema ya están establecidos en la tesis de habilitación¹⁵⁰ (imputación de resultados individualmente evitables, pp. 358 ss.), luego apoyada en la teoría de los sistemas (“funcionalización de la culpabilidad”, pp. 362 ss.) en *Schuld und Prävention* (1976) y finalmente, en su *Manual de Parte General*, en el que los amplió sistemáticamente sobre la base de los principios organizativos jurídicamente relevantes de “organización” e “institución” (en el caso de MÜSSIG “persona” e “institución”, pp. 367 ss.). Como resumen de todo eso todo esto, JAKOBS dice entonces en su libro, *System der strafrechtlichen Zurechnung*: “La imputación jurídico-penal... tiene la función de determinar el caso en el que la norma, por el comportamiento de una persona, debe ser confirmada y reforzada cognitivamente. En otras palabras, las reglas de imputación jurídico-penal determinan cuándo un suceso debe entenderse como una contradicción normativa por parte de una persona competente para expresarse en el espacio público” [“Strafrechtliche Zurechnung... hat die Funktion, den Fall zu bestimmen, in dem die Norm wegen des Verhaltens einer Person bestätigt und kognitiv untermauert werden muss. Das heißt mit anderen Worten, die Regeln der strafrechtlichen Zurechnung legen fest, wann ein Ereignis als Normwiderspruch einer zur Äußerung im öffentlichen Raum kompetenten Person zu verstehen ist”].¹⁵¹ Sin embargo, “sistema” aquí no implica –en materia de teoría de los sistemas– un sistema de Derecho penal como parte del sistema jurídico, sino más bien –entendido en términos de las ciencias del espíritu– la “conexión consistente de juicios” [“konsistente[n] Zusammenhang von Urteilen”].¹⁵² Aún más sucintamente, la imputación objetiva en el sentido de JAKOBS significa, por tanto, una práctica integral de interpretación del Derecho penal con fundamento en la teoría social (*vid.* también p. 373).

¹⁴⁸ JAKOBS, *HRRS*, (8-9), 2006, p. 297 (“derecho a la seguridad” [“Recht auf Sicherheit”] como “otro nombre para un derecho a un estado de verdadera vigencia jurídica” [“anderer Name für ein Recht auf den Zustand wirklicher Rechtsgeltung”]).

¹⁴⁹ RAWLS, *A Theory of Justice*, 1971, p. 243 ss. (“Una teoría no ideal... se elabora después de haber elegido una concepción ideal de la justicia; solo entonces las partes se preguntan qué principios adoptar en condiciones menos felices” [“Nonideal theory ... is worked out after an ideal conception of justice has been chosen; only then do the parties ask which principles to adopt under less happy conditions”]), pp. 245 s.).

¹⁵⁰ JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972.

¹⁵¹ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 15 s. [“Strafrechtliche Zurechnung ... hat die Funktion, den Fall zu bestimmen, in dem die Norm wegen des Verhaltens einer Person bestätigt und kognitiv untermauert werden muss. Das heißt mit anderen Worten, die Regeln der strafrechtlichen Zurechnung legen fest, wann ein Ereignis als Normwiderspruch einer zur Äußerung im öffentlichen Raum kompetenten Person zu verstehen ist”].

¹⁵² JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 16.

Después explicar esto con largas (!) citas de los escritos relevantes de JAKOBS, el análisis de las críticas realizado por MÜSSIG es muy breve (pp. 374-376). Primero se refiere en lo principal solo al reproche de SCHÜNEMANN de “normativismo sin empirismo”¹⁵³ y piensa que puede refutarlo apodícticamente en una sola página.¹⁵⁴ Sin embargo, se puede decir más, sobre todo que la pretensión de JAKOBS de “oír la semántica de la sociedad”,¹⁵⁵ es decir, la ubicación del Derecho penal en una sociedad concreta, y que ya se ha mencionado aquí muchas veces, quiere (¡y debe!) tomar en serio precisamente sus experiencias y, por tanto, no está libre de empirismo o al menos no puede estarlo. Además, como ya ha señalado KREß,¹⁵⁶ JAKOBS parece partir de ciertos supuestos antropológicos básicos;¹⁵⁷ pero entonces es necesario “el conocimiento empírico sobre el ser humano”.¹⁵⁸ En cuanto a las perspectivas, MÜSSIG traslada luego el sistema de imputación de JAKOBS al Derecho procesal penal, especialmente al derecho probatorio, en el que ve realizados también los principios organizativos mencionados (pp. 376-378).

4. Helmut FRISTER (pp. 527 ss.) y Walter PERRON (pp. 545 ss.) tratan el *concepto de culpabilidad* de JAKOBS desde diferentes perspectivas. FRISTER señala que JAKOBS entiende al concepto de culpabilidad como un concepto formal que debe ser completado en términos de contenido por una orientación preventivo-general hacia una sociedad existente (pp. 527 ss.). En definitiva, se trata, como ya se ha dicho, de la culpabilidad como “derivado de la prevención general”,¹⁵⁹ como una “fundamentación [orientada a fines] de la necesidad de castigar en cierta medida para confirmar la obligatoriedad del ordenamiento frente al ciudadano leal al Derecho” [“Begründung des Bedürfnisses, zur Bestätigung der Verbindlichkeit der Ordnung gegenüber dem rechtstreuen Bürger in bestimmtem Maß zu strafen”];¹⁶⁰ en pocas palabras, se trata de la confirmación de la norma por medio de la pena (efectivamente impuesta). Pero si bien FRISTER acepta el concepto formal de culpabilidad (p. 530), considera que la orientación hacia la prevención general positiva no responde la pregunta de cómo, en un caso concreto, se le habría de imputar a una persona un determinado comportamiento como culpable (pp. 534 s., 544).

¹⁵³ SCHÜNEMANN, «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», *FS Roxin*, 2001, pp. 1, 13 ss., 20; en lo esencial sigue a la discípula de Schünemann, SACHER, «Systemtheorie und Strafrecht: Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre», *ZStW*, (3), 2006, pp. 574, 591.

¹⁵⁴ En el núcleo con la cita a Habermas de que también “los datos empíricos ... [serían] interpretaciones en el marco de las teorías anteriores” [“Erfahrungsdaten ... Interpretationen im Rahmen vorgängiger Theorien”] (HABERMAS, «Gegen einen positivistisch halbierte Rationalismus», en HABERMAS/ADORNO/DAHRENDORF, *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, 8.^a ed. 1980, pp. 235, 239 [citado según MÜSSIG, p. 376, n. 66]).

¹⁵⁵ Ya en *supra*, n. 24 y texto principal.

¹⁵⁶ *Supra* antes de la n. 8 y texto principal.

¹⁵⁷ Igualmente, PAWLIK, en JAKOBS, *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, 2017, p. IX.

¹⁵⁸ Adecuadamente HÖRNLE, «Das Menschenbild des Rechts», en HEILINGER/NIDA-RÜMELIN, *Anthropologie und Ethik*, 2015, pp. 97 (98 y ss., especialmente p. 102: “En especial, una concepción puramente normativa del ser humano no sería base suficiente para un ordenamiento jurídico: son necesarias las referencias a los conocimientos empíricos sobre el ser humano... Quien tenga que crear o revisar normas debe interesarse suficientemente por las circunstancias reales de la existencia humana” [“Insbesondere wäre ein rein normatives Menschenbild keine hinreichende Basis für eine Rechtsordnung: Bezugnahmen auf empirisches Wissen über den Menschen sind erforderlich. Wer Normen zu schaffen oder zu überprüfen hat, sollte sich für die tatsächlichen Umstände menschlichen Daseins in hinreichendem Maße interessieren”]). Véase también AMBOS, *ZIS*, (10), 2020, pp. 452, 458 s.

¹⁵⁹ *Supra* n. 19, 79 y los textos principales respectivos.

¹⁶⁰ JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, pp. 8 s.

Walter PERRON, en cambio, quiere examinar el anclaje social del concepto de culpabilidad de JAKOBS desde una perspectiva de derecho comparado (alemán-inglés) y se pregunta específicamente si “las diferentes necesidades sociales de pena... también conducen a diferentes disposiciones relativas a los límites de la capacidad de imputación” (p. 551). Al hacerlo, asume correctamente, al igual que FRISTER (p. 529), que el concepto de culpabilidad de JAKOBS debería ser entendido de un modo puramente descriptivo y analítico y no prescriptivo (como lo malinterpretan muchos críticos) (pp. 548 s.).¹⁶¹ En lo que respecta a la capacidad de culpabilidad o de imputación, subraya la importancia de la autonomía y, por tanto, la posibilidad (intelectual-psicológica) de asumir la responsabilidad, en ausencia de la cual la persona en cuestión ya no puede ser tratada “como un igual”, según JAKOBS (pp. 545 s.).¹⁶² Esto remite al rígido concepto de persona ya criticado anteriormente (en las contribuciones de ZABEL, KINDHÄUSER y NEUMANN), sobre el que PERRON no se manifiesta. Entretanto sí ve en la teoría funcional de la culpabilidad una “importancia nada desdeñable para la teoría del Derecho penal desde una perspectiva comparativa [funcional]”, porque podría “proporcionar también instrumentos para comparar diferentes situaciones nacionales de la actualidad y evaluar los resultados obtenidos” (pp. 54 s.). El estudio de PERRON sobre el tratamiento de la capacidad de imputación en Alemania e Inglaterra (pp. 551 ss.) llega a la conclusión de que –a pesar de un enfoque más restrictivo a nivel de la responsabilidad (típica) en Inglaterra– las restricciones a la imputación se abordan en última instancia de manera muy similar en ambos ordenamientos jurídicos –debido a la mayor flexibilidad al momento de la medición de la pena en Inglaterra–. En otras palabras: las restricciones a la imputación que se tienen en cuenta en Alemania en el contexto de la culpabilidad se tienen en cuenta en Inglaterra en el nivel de la medición de la pena.

¿Pero qué resulta de esto para la verificación o falsación de la tesis de JAKOBS sobre la orientación de esta (o cualquier otra) práctica a las necesidades sociales de pena? No mucho. Así, para el propio PERRON, la tesis de JAKOBS simplemente “no se encuentra refutada” (p. 560) y el propio autor debe admitir que resulta dudosa la cuestión de “si la comparación germano-inglesa incluso [permite extraer] conclusiones para una verificación o falsación” (p. 560). En mi opinión, el rendimiento de la comparación con respecto al concepto funcional de culpabilidad es cercano a cero: porque si una práctica penal determinada (en este caso, para tener en cuenta los factores que restringen la imputación) tiene algo que ver con las necesidades de pena de la sociedad, solo es posible constatar esto si estas necesidades de pena se hacen visibles en un estudio empírico exhaustivo y se comparan con la práctica penal en cuestión. Sin embargo, se trata de una empresa difícil, aunque solo sea porque, como debe reconocer el propio PERRON (p. 549), la relación entre el sistema jurídico y la sociedad es sumamente compleja y depende de muchos factores.

5. En su discusión sobre la *doctrina de la intervención* de JAKOBS (pp. 585 ss.), el penalista colombiano Hernán OROZCO LÓPEZ señala primero la creciente normativización, alejándose de la doctrina (naturalista) del dominio del hecho, todavía representada en su manual,¹⁶³ hacia el criterio (normativo) de *competencias*, complementado por otros criterios normativos (pp. 586

¹⁶¹ Cfr. también JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 32 (“Intentar interpretar la situación actual” [“Versuch einer Deutung der gegenwärtigen Lage”]).

¹⁶² Cf., p. ej., JAKOBS, *AT*, § 17/48 (“Capaz de imputación es una persona a la que se la define como un igual” [“Zurechnungsfähig ist eine Person, die als Gleicher definiert wird”]).

¹⁶³ JAKOBS, *AT*, § 21/35: “dominio del hecho vinculado al tipo” [“Tatbestandsgebundene Tatherrschaft”], “dominio de la decisión” [“Entscheidungsherrschaft”] y “dominio de la organización” [“Gestaltungsherrschaft”].

ss.). JAKOBS desarrolla su doctrina actual de la intervención en su *Theorie der Beteiligung* (2014), en la que se aferra a la distinción entre los deberes negativos (antes delitos de dominio, ahora delitos de organización) y los deberes positivos (delitos de deber). Respecto de los *primeros*, no se trataría meramente de la prohibición general de dañar (*neminem laedere*), sino también de mantener inofensiva la propia esfera de organización (pp. 587, 604). A este respecto, el ilícito de la intervención consistiría únicamente en la ejecución del hecho, es decir, la realización del tipo desde el comienzo de la tentativa hasta la producción del resultado, excluyéndose la criminalización del ámbito previo (p. 587). La conducta realizada en el ámbito previo solo sería un ilícito punible si se presenta como una *lesión a una carga* [*Obliegenheitsverletzung*], porque la persona implicada “no puede distanciarse del ilícito, dado que ha llevado a cabo actos preparatorios necesarios para su realización” [*von dem zukünftig verwirklichten Unrecht nicht distanziert werden kann, da er die zu seiner Realisierung erforderlichen Vorbereitungen vorgebracht hat*].¹⁶⁴ En el caso de tal conducta contraria a una carga, se le habría de imputar al interviniente el ilícito característico de la ejecución como un ilícito propio, respecto del cual también debería haber actuado de manera culpable (accesoriedad estricta,¹⁶⁵ p. 588).

Una delimitación de las formas de participación solo puede fundamentarse desde un punto de vista de imputación externo mediante la *cuantificación* de la necesidad de pena específica para la intervención (p. 588). A este respecto, JAKOBS distingue entre la intervención en sentido estricto (coautoría y participación) y la autoría mediata, en particular a partir de la culpabilidad de los intervinientes –en el sentido de la accesoriedad estricta ya mencionada–: si todos los participantes actuaran de manera culpable, se trataría de lo que JAKOBS considera intervención en sentido estricto, mientras que si solo actuase de modo culpable el hombre de atrás, se trataría de una autoría mediata (p. 589). De este modo se evitarían problemas de delimitación, en particular entre la autoría mediata y la instigación (p. ej., en el caso del instrumento que actúa de modo exculpado sobre la base del § 35 *StGB*), por lo que el modelo de sistematización de JAKOBS sería, en principio, preferible (p. 591). Sin dudas es posible entender las cosas de esta manera, pero a diferencia de lo que señala la opinión dominante, JAKOBS somete su doctrina de la intervención en sentido estricto a un paradigma de imputación unitario y accesorio, de modo que no habría una diferencia cualitativa, sino en el mejor de los casos una diferencia cuantitativa entre las formas individuales de intervención (pp. 592 ss.). Es cierto que JAKOBS consigue restringir el ámbito de punibilidad de un modo por demás bienvenido en un Estado de Derecho, a través de la conexión con la realización del tipo y la exclusión de la criminalización del ámbito previo (a través del concepto de la lesión a una carga) (pp. 595 s.), pero no presentaría, según OROZCO, un modelo convincente para la gradación cuantitativa de las formas de intervención –algo reconocido por JAKOBS también como necesario– (pp. 599 ss., 610). La crítica, sobre todo por la falta de determinación, no sería, por tanto, “completamente absurda” (p. 602), por lo que OROZCO intenta remediarla a través del desarrollo de un modelo propio.¹⁶⁶ En lo que interesa, las

¹⁶⁴ JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 18.

¹⁶⁵ JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 35 ss.

¹⁶⁶ Ver en detalle OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 298 ss. A partir de un análisis crítico del debate sobre la intervención en los casos de los llamados aparatos organizados de poder (pp. 7 ss.) y de la discusión más general sobre la fundamentación de la responsabilidad en los casos de actuación conjunta (pp. 178 ss.), OROZCO elabora un modelo de corresponsabilidad de doble nivel (pp. 237 ss.). Mientras que el primer nivel se refiere a la legitimación de la responsabilidad de los intervinientes en la acción conjunta derivada de la totalidad de los actos de ejecución, es decir, la fundamentación de atribución de corresponsabilidad por el hecho en su conjunto (pp. 246 ss.), en el segundo nivel, que aquí interesa, se trata la cuestión de la graduación de la corresponsabilidad relacionada con la intervención (pp.

“reglas de oro” [“Faustregeln”]¹⁶⁷ formuladas por JAKOBS darían lugar a que no sea necesaria una decisión conjunta al hecho en la coautoría, a diferencia de la opinión dominante, lo que le permitiría aceptarla incluso en supuestos de una colaboración en secreto de un interviniente (p. 600). Sin embargo, en este caso en particular, la falta de un sistema de gradación cuantitativa de la participación sería una deficiencia considerable, porque de hecho los casos de intervención secreta deberían considerarse “secundarios”, por lo que habrían de ser considerados como complicidad y no como coautoría (p. 604).

En cuanto a los *delitos de deber*, es decir, los delitos para asegurar los deberes positivos, sobre cuya base las personas (especialmente) obligadas tienen que “asegurar que no se reduzca un estado o incluso se fomente una organización ajena” [“für den ungeminderten Bestand oder sogar die Förderung einer fremden Organisation zu sorgen”],¹⁶⁸ para de ese modo garantizar las condiciones del ejercicio de la libertad real (pp. 604 s.), JAKOBS –en contraste con los deberes negativos– entiende que siempre hay que considerar como autor a la persona obligada, independientemente del alcance de su participación.¹⁶⁹ Orozco rechaza esto y fundamenta su punto de vista a partir de consideraciones inmanentes a la doctrina de JAKOBS, en el sentido de que según esta “las instituciones negativas y positivas tienen el mismo peso elemental para la forma de la sociedad”, por lo que los deberes (negativos y positivos) serían equivalentes y no se podría justificar un tratamiento diferente de la intervención (p. 606). Además, OROZCO se refiere a un artículo de JAKOBS, publicado solamente en Latinoamérica,¹⁷⁰ del que se desprende que también en el ámbito de los delitos de deber sería posible una gradación cuantitativa de la lesión al deber y, por tanto, también alguna clase de intervención (pp. 606 ss.). Por último, la realización solo en carácter de autoría en el ámbito de los delitos de deber –en contra de la posición original de JAKOBS– equivaldría a criminalizar el ámbito previo por medio de una transformación de actos preparatorios usuales en tentativas punibles (pp. 609 s.). En esencia, OROZCO critica así dos cosas: en primer lugar, el desarrollo inadecuado de un modelo de gradaciones cuantitativas de participación tanto para los delitos organizativos, como para los de deber; en segundo lugar, las consecuencias tendentes a la ampliación de la punibilidad que se derivan de considerar que únicamente es posible una comisión a título de autoría en los delitos de deber.

6. Como demuestra hábilmente el penalista chileno Juan Pablo MAÑALICH (pp. 613 ss.), la contribución de JAKOBS a la *dogmática de la parte especial* consiste en la elaboración de las

293 ss.). Después de su decisión (metodológica) a favor de los conceptos de las figuras delictivas [Typusbegriffe] (pp. 298 ss.), OROZCO subraya el “carácter de los compañeros en el hecho” y el “carácter del acontecer típico” como las dimensiones básicas de la serie de figuras delictivas de corresponsabilidad referida a la intervención (pp. 314 ss.). Al vincular los niveles de intensidad de estas dimensiones sería posible establecer tres grados de corresponsabilidad referida a la intervención: carácter de intervención bajo, medio y grave (pp. 338 ss.). De esta manera, el alcance de la intervención podría determinarse de manera más precisa y diferenciada que la opinión dominante; con esto, en los casos de los aparatos organizados de poder, el mayor grado de corresponsabilidad de los altos mandos podría ser captado conceptualmente de un modo más convincente (pp. 348 ss.). Al respecto, véase VAN WEEZEL, «Recensión a OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*», *InDret*, (1), 2020, *Ex Libris*, p. 524 ss.

¹⁶⁷ JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 28 ss.

¹⁶⁸ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 73.

¹⁶⁹ JAKOBS, *AT*, § 21/116; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 85 ss.; EL MISMO, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 61 ss.

¹⁷⁰ JAKOBS, «Tatherrschaftsdämmerung –Ein Beitrag zur Normativierung rechtlicher Begriffe», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, 2000, pp. 195 ss., 220 ss. (publicado allí en alemán y español).

estructuras generales que (también) la dominan. El enfoque de JAKOBS está dominado por la “asunción básica de que el éxito de la teorización de cada ámbito de la vida depende fundamentalmente de que se reconozcan las estructuras generales de lo que constituye específicamente el ámbito de la vida en cuestión” (p. 613). Así, JAKOBS mira qué hay detrás de las manifestaciones superficiales, lo fenotípico, de la parte especial, para superar la “gramática superficial” que la caracteriza (p. 614).¹⁷¹ Porque “el tratamiento *científico* de la parte especial solo puede concebirse como una búsqueda de principios generales, de lo contrario no sería científico” (p. 627). Por tanto, también la parte especial es general en cierto sentido, a saber, en la medida en que se trata de “descubrir y hacer explícito lo general en lo especial” (p. 614).

A continuación, MAÑALICH examina más o menos detalladamente el enfoque de JAKOBS con respecto a delitos individuales o grupos de delitos (delitos contra la persona y contra la propiedad [pp. 615 ss.], injurias [pp. 621 ss.], §§ 216, 228 *StGB* [pp. 622 ss.] [Nota del traductor: esos párrafos del Código Penal alemán se refieren, respectivamente, al homicidio a petición y al consentimiento en lesiones corporales], falsificación de documentos [pp. 627 ss.] y coacción [pp. 631 ss.]). Por razones de espacio, no es posible describir en detalle ese análisis, pero es evidente que las doctrinas básicas de JAKOBS –especialmente el concepto de persona y la orientación (preventivo-general) hacia la sociedad (constituida concretamente)– también determinan la comprensión de estos delitos. A modo de ejemplo: si la propiedad ha de incluir todo lo que sirva a la “educación de la persona *qua* persona”, de modo que la propiedad en su conjunto tenga que ser definida como “patrimonio inteligible” de la persona,¹⁷² entonces todo delito contra la persona debería entenderse al mismo tiempo como un delito contra la propiedad (p. 618). O bien: si la protección de la persona se referiría al mismo tiempo también a la protección de la sociedad (y viceversa) (p. 621), entonces en el caso de la punibilidad de determinadas conductas se trataría siempre también de asegurar la cohesión social por medio de la evitación de la ruptura de tabúes, p. ej., en el caso del bloqueo al consentimiento en el contexto de las lesiones corporales contrarias a las buenas costumbres, de conformidad con el § 228 *StGB* (pp. 626 s.). Por supuesto, no es necesario estar siempre de acuerdo con el análisis individual de JAKOBS. Por ejemplo, MAÑALICH lo contradice frecuente y convincentemente, sobre todo en su interpretación del delito de coacciones como un delito general contra la libertad jurídicamente garantizada, porque esta interpretación no solo es contraria a la ley, sino que también daría lugar a que el delito de coacciones no tenga ningún contorno y sea declarado normativamente irrelevante como delito derivado de los derechos protegidos, aunque no lo sea (pp. 631 ss.).¹⁷³

4. Impactos (intradisciplinarios y transnacionales)

1. El penalista español Manuel CANCIO MELIÁ aborda la cuestión planteada ya al principio sobre el estado de la *política criminal* en la obra de Günther JAKOBS (pp. 697 ss.), entendiéndose esto como enunciados de deber ser, es decir, enunciados sobre representaciones de objetivos de política criminal que van más allá de la existencia del Derecho penal existente de modo positivo (*de lege ferenda*).¹⁷⁴ La orientación de JAKOBS hacia el ordenamiento jurídico (positivo) existente

¹⁷¹ WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, en EL MISMO, *Werksaufgabe, Band I*, 1984, § 664 (citado según MAÑALICH, p. 614 y n. 5).

¹⁷² JAKOBS, *FS Roxin*, 2001, p. 796.

¹⁷³ Sobre cómo MAÑALICH entiende las coacciones, *vid. Nötigung und Verantwortung*, 2009.

¹⁷⁴ Cfr. la comparación en ROXIN/GRECO, *AT I*, § 7/76 (ser legal y deber ser de política criminal “en la medida en que no haya contradicciones en cuanto a lo que debe elaborarse como Derecho vigente desde el punto

y a la sociedad a menudo da lugar a que se lo acuse de una *neutralidad valorativa*, o incluso indiferencia (p. 699) –algo que también ha realizado quien escribe estas líneas¹⁷⁵–; sin embargo, según la correcta tesis básica de CANCIO, esta acusación sería infundada, al menos si se comparte la premisa de JAKOBS de asegurar la identidad normativa de una sociedad particular como función primaria del Derecho penal. Porque, por un lado, la obra de JAKOBS contiene pasajes en los que se puede ver que presupondría la legitimidad del ordenamiento protegido por el Derecho penal.¹⁷⁶ Por otro lado, JAKOBS siempre expresó sus opiniones sobre cuestiones penales y sociopolíticas controvertidas (como la prohibición del incesto, la punibilidad de la incitación al odio o la protección de los animales, pp. 705 s.) y, por consiguiente, intervenía en los debates de política criminal de un modo valorativo. Sin embargo, siempre lo habría hecho de un modo *interno* al sistema o al ordenamiento jurídico, es decir, desde una perspectiva que se posiciona dentro de un determinado ordenamiento social, dentro del cual, por supuesto, también se deberían tomar decisiones de política criminal. Una valoración de la legitimación interna al ordenamiento jurídico de esta clase sería, según señala correctamente CANCIO, también permisible para JAKOBS, porque sigue siendo ciencia (jurídica), mientras que una valoración externa al ordenamiento jurídico (traída a una sociedad existente desde el exterior) sería una valoración puramente de política jurídica (p. 707). En este contexto, hay que recordar que, según la comprensión de la ciencia de JAKOBS, la “cuestión de la legitimación contemporánea” tendría una importancia decisiva, pero que un mero apoyo al sistema jurídico desde una perspectiva positivista interna al ordenamiento jurídico no sería ninguna ciencia.¹⁷⁷

2. La posibilidad de conectar el pensamiento de JAKOBS sobre el Derecho penal con la teoría *del Estado y de la constitución* es puesta de manifiesto por Klaus GÄRDITZ (pp. 709 ss.). Básicamente, ambas disciplinas se ocuparían de la legitimación del gobierno, en virtud de lo cual la pena estatal “condensa al gobierno en una forma especial” (p. 711). El enfoque de JAKOBS sería atractivo para la teoría del Estado y para la teoría constitucional porque le preocupa la legitimación de la pena en el Estado y a este respecto se refiere principalmente a HOBBS (pp. 710 ss.). De hecho, la obra de JAKOBS estaría impregnada de un “formalismo tentador” que no “aboga por la corrección material, sino que discute con categorías formales”, a saber –como ya se ha dicho anteriormente–, de modo interno al sistema o al ordenamiento jurídico (“creación del Derecho solo según reglas normativamente internas”) (pp. 711 ss.).

de vista interpretativo, es el resultado de continuar pensando de modo comprensible de las representaciones sobre los objetivos de política criminal del legislador” [“insofern keine Gegensätze als das, was interpretatorisch als geltendes Recht zu erarbeiten ist, sich als Ergebnis nachvollziehenden Weiterdenkens der kriminalpolitischen Zielvorstellungen des Gesetzgebers darstellt”]).

¹⁷⁵ Cf. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, pp. 60 ss. (“... los criterios de legitimidad material no desempeñan ningún papel en el fundamento de la legalidad ...” [“... Kriterien materialer Legitimität zur Begründung von Legalität keine Rolle ... spielen”]).

¹⁷⁶ JAKOBS, *AT*, § 1/18 (el modelo “asume ... que el ordenamiento social vale los costos impuestos al infractor.... que el Derecho penal debe servir a la preservación del ordenamiento *que vale la pena preservar* (!)...” [“„setzt ... voraus, dass die gesellschaftliche Ordnung die Kosten wert ist, die dem Normbrecher auferlegt werden.... daß Strafrecht der Erhaltung erhaltenswerter (!) Ordnung dienen soll...”]. (resaltado por K.A.) y 1/20 (“La pena solo puede ser legitimada por el valor del ordenamiento por cuya preservación se impone el castigo” [“Strafe kann überhaupt nur durch den Wert der Ordnung legitimiert werden, für deren Erhalt gestraft wird”]). Cfr. también ya *supra* n. 21y texto principal. Cfr. también PAWLIK, en JAKOBS, *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, 2017, p. IX (“... qué fundamentos de las obligaciones jurídico-penales serían normativamente aceptables en una sociedad liberal”).

¹⁷⁷ Véase, ya *supra*, n. 10 al analizar a KREIS y las n. 83 ss. respecto de STUCKENBERG

A continuación, GÄRDITZ analiza una serie de campos temáticos en los que la posibilidad de conectar del pensamiento de JAKOBS (“permeabilidad mutua del discurso”) se muestra particularmente evidente (pp. 712 ss.). Lo hace de forma bastante crítica y relativiza desde el principio la pretensión de una teoría jurídico-penal de la sociedad: la sociedad no podría pensarse solo desde la perspectiva del Derecho penal, porque el “auto-aseguramiento” [“Selbstvergewisserung”] normativo¹⁷⁸ y la motivación conductual no solo se lograrían a través del Derecho penal, sino también a través de mecanismos no penales (civiles y administrativos) y sobre todo también fuera de la sanción del Derecho penal (p. ej., a través de acuerdos anteriores al proceso) (pp. 712-716).¹⁷⁹ En cualquier caso, sin embargo, la función social de la pena es obvia, ya que la coacción soberana no puede explicarse de otra manera en un Estado de Derecho liberal (p. 716).¹⁸⁰ La mirada hacia la sociedad concretamente constituida y con ella hacia la “contingencia del Derecho” (p. 719), en lugar de una determinación prejurídica-idealista del contenido de un Derecho penal justo, es decir, el énfasis en el “valor intrínseco de las instituciones y procedimientos jurídicos” (p. 719), haría al enfoque de JAKOBS particularmente pasible de establecer conexiones. A través de la “relatividad de la pena” se reconoce que el Derecho penal es el “producto de la creación democrática del Derecho” (p. 720), pero hay que tener en cuenta los “límites de rendimiento de una teoría de la pena más allá del Derecho positivo” (pp. 720-724). A este respecto, habría que considerar que JAKOBS no diseña su sistema para la sociedad real existente –más bien presupone una cierta sociedad que es compatible con sus premisas de cultura jurídica– e ignora los complejos procesos de elaboración del Derecho de esta sociedad real existente. A este respecto, se entregaría a un “romanticismo” que no se interesa por los detalles y los bajos fondos de la legislación y la jurisprudencia en concreto. Se trata de los puntos ciegos de la obra de JAKOBS ya mencionados al principio –especialmente la abstinencia prácticamente total de Derecho procesal penal–, lo que, hay que añadir, queda demostrado también por el hecho de que se ha abstenido en gran medida de comentar la legislación y la jurisprudencia en concreto.¹⁸¹ Sin embargo, JAKOBS probablemente contrarrestaría todo esto con referencia a su concepto de la ciencia, ya descrito anteriormente, de que cuando se trata únicamente del fundamento de la legitimidad de cualquier Derecho (determinado socialmente), el trabajo científico debe concentrarse en su búsqueda y el legislador también debe subordinarse a aquel.¹⁸²

¹⁷⁸ JAKOBS, *ZStW*, (2), 1995, p. 844.

¹⁷⁹ Sobre la importancia de la solución prejudicial de los procedimientos, véase también JAKOBS, *ZStW*, (2), 1995, p. 844 (“si es que se han seguido seriamente los procedimientos por una violación de una norma” [“wenn überhaupt ernsthaft ein Verfahren wegen einer Normverletzung betrieben wird”]).

¹⁸⁰ La crítica al “contractualismo vulgar” (p. 716 con n. 59) de SCHÜNEMANN, expresada en este contexto, ya ha recibido una réplica, cfr. SCHÜNEMANN, «Der Kampf ums Strafrecht, um dessen Wissenschaft, und seine jüngste Zuspitzung im „Doktorgate“», *ZIS*, (10), 2020, pp. 479, 486 s..

¹⁸¹ *Supra* n. 83 ss. respecto del trabajo de STUCKENBERG.

¹⁸² JAKOBS, en ENGEL (ed.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2008, p. 106: “La obra de quien hace el esfuerzo del concepto jurídico hasta la razón de su legitimación no puede ... ser estropeada por ‘tres palabras correctoras del legislador’ [KIRCHMANN, 1847], ya que la razón no está a disposición del legislador, sino que, si falla en la razón, el legislador no produce más que leyes equivalentes a papel inservible” [“Das Werk dessen aber, der die Anstrengung des Rechtsbegriffs bis zum Legitimationsgrund leistet, kann... durch ‘drei berichtigende Worte des Gesetzgebers’ [Kirchmann, 1847] nicht makuliert werden, da der Grund nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht, dieser vielmehr, wenn er den Grund verfehlt, nichts als Makulaturgesetze produziert”].

Sea como fuere, GÄRDITZ demuestra que la posibilidad de conectar las ideas de JAKOBS alcanza sus límites concretos en lo que respecta a la (ausente) teoría del proceso y las instituciones y a una “doctrina institucional del Derecho procesal penal” (pp. 733 s.), que aún debe formularse. El concepto de vigencia de JAKOBS también sería –al menos para una parte de la teoría constitucional– demasiado “exigente” (p. 725), porque los procesos sociocomunicativos de comprensión normativa eluden la formación de conceptos de la teoría constitucional (p. 725). Al menos se mantiene la capacidad de realizar conexiones con los discursos de la ciencia del Derecho estatal por medio de la mirada a la realidad social, pero con la reserva ya formulada sobre el descuido de los procesos concretos de creación del Derecho. Por último, en lo que respecta al *Derecho penal del enemigo* (pp. 726-732), el análisis de GÄRDITZ es particularmente revelador, ya que, por una parte, destaca el potencial analítico-descriptivo crítico del análisis de JAKOBS (p. 727), pero, por otra parte, desde el punto de vista de la teoría decididamente constitucional, critica el bajo rendimiento y la falta de complejidad (pp. 729, 731). El motivo de esta crítica (convinciente) nos lleva otra vez, en última instancia, a la mencionada desatención de la creación y la práctica concreta del Derecho, porque la respuesta a los peligros reales de una sociedad liberal viene dada más precisamente por el complejo derecho de seguridad, dominado por el derecho policial,¹⁸³ que por un esquema bipolar (poco complejo) entre ciudadano y enemigo. En última instancia, el debate sobre el Derecho penal del enemigo sería un “juego de abalorios” académico y, en la medida en que se dirige contra el concepto descriptivo-analítico, se presentaría como “el obstinado símbolo de un Derecho penal pensado para un mundo ideal desde un impecable mundo burgués de salón” que ha perdido el contacto con la realidad social (p. 732).

3. El penalista sueco LERNESTEDT se preocupa menos por la valoración sustantiva del modelo de Derecho penal de JAKOBS (que reduce de todos modos al objetivo de la vigencia de la norma o su reconocimiento, p. 764), sino más bien por la *clasificación* “metodológica” de la posición de JAKOBS entre dos extremos: el del científico del Derecho penal que describe e interpreta el estado real (legal) (“narrow view”) y el científico del Derecho penal que persigue prescriptivamente una agenda política con miras a un determinado estado de deber ser (“more inclusive view”, pp. 765 ss.). Es convincente que respecto de este punto de partida se demande transparencia y claridad (pp. 770, 787), es decir, que se ponga de manifiesto la argumentación descriptivo-analítica o bien prescriptivo-de política criminal. Esto puede ilustrarse bien con el debate sobre el Derecho penal del enemigo, respecto del cual LERNESTEDT, sin embargo, solo se ocupa brevemente (pp. 784-787) y constatando que al parecer solo se trataría, en lo importante, de un problema conceptual, a saber, el uso del concepto “pena” (“Derecho *penal* del enemigo”), en lugar de solo “Derecho del enemigo”, lo que habría suavizado las críticas (p. 787). Pero esto pasa por alto el problema objetivo ya descrito anteriormente: la respuesta (estatal) apropiada a las (nuevas) amenazas a la sociedad liberal. Pero es correcto señalar que el Derecho penal es solo un medio, entre otros, de control social (p. 785).

La clasificación de JAKOBS en la categoría de un científico del Derecho penal que defiende una “narrow view” (p. 772), por otra parte, solo es parcialmente convincente, porque aunque JAKOBS parte del estado real de una sociedad existente, no se siente obligado por su Derecho positivo, sino que solo se pregunta si tiene en cuenta las expectativas y necesidades de la sociedad. Por supuesto, LERNESTEDT solo forma tipos ideales de científicos del Derecho y, tras una contemplación más precisa, probablemente también clasifique a JAKOBS no tanto en un extremo,

¹⁸³ Al respecto, ya *supra* n. 147 y texto principal.

sino más bien en algún lugar en el medio. En última instancia, su tesis, complementada con la observación de que JAKOBS no abordaría el tema de los fundamentos de la criminalización adecuada (“the topic of proper criminalization”, pp. 771 s.), equivaldría a la mencionada acusación de neutralidad del valor, que, sin embargo, como ha demostrado CANCIO, debería rechazarse al menos desde una contemplación inmanente al sistema.