

DESMATERIALIZACIÓN DEL BIEN JURÍDICO Y DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema *

DR. BERND MÜSSIG

Universidad de Bonn

I. Consideración previa: ¿límites teóricos y prácticos de la teoría del bien jurídico?

La actividad legislativa en materia penal desarrollada a lo largo de las dos últimas décadas en Alemania ha colocado alrededor del elenco de normas penales existentes hasta ese momento —que desde el punto de vista actual pueden parecer «clásicas» —un anillo de tipos penales para cuya legitimación únicamente cabe hacer referencia a bienes jurídicos —si es que siquiera quiere acudir a éstos con este propósito— de carácter vago y sólo susceptibles de una descripción a grandes trazos¹. Vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, estos tipos penales constituyen supuestos de «criminalización en el estadio previo» a lesiones de bienes jurídicos², cuyos marcos penales, además,

* Traducción del original alemán («Entmaterialisierung des Rechtsguts und der Kriminalpolitik. Zu Perspektiven und Fundamenten einer systemkritischen Rechtsgutslehre», manuscrito) realizada por Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos (Universidad Autónoma de Madrid).

¹ Cfr. sobre esto HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., 1990, pp. 247 y ss.

² Cfr. sobre esto JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), p. 751.

se encuentran establecidos en sanciones desproporcionadamente altas, sin conexión con el «ámbito nuclear» del Derecho penal.

Entre quienes cuestionan la legitimidad de tales preceptos penales se encuentran, en una posición destacada, los representantes de una teoría «personal» del bien jurídico³. En el marco de estas consideraciones críticas, estos autores hacen referencia a ulteriores tendencias en la evolución actual tanto del Derecho penal material como del Derecho penal procesal, tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un «Derecho penal de la puesta en riesgo»⁴ de características antiliberales⁵: en la regulación jurídica de la persecución penal y en el proceso penal propiamente dicho se sacrifican garantías de libertad fundamentales en el altar de una pretendida lucha efectiva contra la criminalidad; los límites de la definición social del sujeto, hasta ahora infranqueables para el poder del Estado, pasan a ser porosos y se incluyen fácilmente en la masa de quiebra de la confrontación política cotidiana. A través de una cada vez más densa gama de delitos de manifestación y de organización, el Derecho penal de la sociedad civil sufre una transformación que lo convierte en un «Derecho penal del enemigo»⁶; la «modernidad» social institucionaliza bajo el eslogan de la «seguridad interior» un «estado de excepción» político como estándar jurídico-penal.

Teniendo en cuenta esta evolución —peligrosa para la configuración de la sociedad—, es acertado exigir un retorno a los criterios de una política criminal liberal: ello constituye un intento de volver a ganar terreno perdido frente a la fuerza de un *esprit du temps* político-criminal de las soluciones simples, rápidas y simbólicas. Ahora bien, la cuestión acerca de si sólo deben ser los bienes jurídicos individuales los puntos de conexión

³ Cfr. HASSEMER, FS Arthur Kaufmann, p. 85 (pp. 88 y ss., 92 y ss.); le siguen HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsfürsorge*, 1991, pp. 116 y ss. y HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, 1991, pp. 58 y ss. Próximos son los puntos de partida de KARGL, «Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz», en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, p. 53 (pp. 58 y ss.); NESTLER, «Rechtsgüterschutz und die Strafbarkeit des Besitzes von Schußwaffen und Betäubungsmitteln», *ibidem*, pp. 65 y ss.; STAECHELIN, «Läßt sich das „Untermaßverbot“ mit einem liberalen Strafrecht vereinbaren?», *ibidem*, p. 267 (pp. 277 y ss.).

⁴ Sobre este concepto exhaustivamente HERZOG, *Unsicherheit* (nota 3), pp. 50 y ss., resumidamente en pp. 70 y ss.

⁵ Vid. HASSEMER, FS Arthur Kaufmann, pp. 85 y ss. (p. 88); ÍDEM, «Sozialtechnologie und Moral; Symbolik und Rechtsgüter», en: JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (ed.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Stadortbestimmung*, 1991, pp. 329 y ss.; HERZOG, *Unsicherheit* (nota 3), pp. 65 y ss.; ALBRECHT, «Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik», en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.) (nota 3), pp. 429 y ss.

⁶ Cfr. sobre esto JAKOBS, ZStW 97 (1985), p. 751 (pp. 753, 756).

y de protección de la política criminal práctica —como pretenden las últimas aportaciones de una «teoría personal del bien jurídico»⁷— no queda resuelta con estas constataciones. Estos planteamientos a veces recuerdan la conocida conducta de ponerse a silbar al atravesar un oscuro bosque: pueden ser interpretados como expresión de una sensación desagradable de la ciencia del Derecho penal, una sensación de que la concepción del ordenamiento penal centrada en el bien jurídico en cuanto teoría de legitimación del Derecho penal práctico en el mundo complejo de la sociedad moderna ha llegado no sólo a sus límites prácticos, sino también a sus límites teóricos⁸. La falta de vigor de la teoría dominante del bien jurídico para poder contraponer objeciones prácticas y teóricas a la actual evolución político-criminal, y también los argumentos de la «teoría personal del bien jurídico» evidencian —y ésta es la tesis de las consideraciones que siguen— que la dimensión práctico-social de la concepción del Derecho penal como protección de bienes jurídicos ha quebrado; la teoría del bien jurídico carece de una toma de tierra hacia la teoría social.

En las consideraciones que siguen, lo que se pretende es discutir las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema; ello, sin embargo, desde una perspectiva poco habitual: el punto de partida de la reflexión estará en la dimensión práctico-social de la concepción del ordenamiento penal centrada en bienes jurídicos; esta dimensión —como se mostrará más adelante— es al mismo tiempo la cuestión del fundamento de la teoría del bien jurídico en el plano de la teoría de las normas. Y es precisamente este fundamento el que muestra déficits decisivos, de tal modo que se ve cuestionado el anclaje social de las teorías del bien jurídico en su conjunto. Ante este trasfondo se pretende, en un paso ulterior, esbozar los contornos de una teoría institucional del Derecho, una teoría que sí podría ofrecer el correspondiente fundamento, un fundamento asegurado desde la perspectiva de la teoría de la sociedad, y que, especialmente, también podría constituir la base de ulteriores reflexiones en torno del modelo de la protección de bienes jurídicos. Ahora bien, como se verá, desde la perspectiva de esa teoría del Derecho, la teoría del bien jurídico en su configuración actual parece difícilmente sostenible: el problema de la legitimación del Derecho penal —cuál es el sentido social, cuál el objeto de cada tipo penal individual— aparece como cuestión *directamente* relacionada con la configuración de la sociedad, y no como una cuestión relativa a determinados bienes jurí-

⁷ Sobre esto, cfr. HASSEMER, FS Arthur Kaufmann, pp. 85 y ss. (así como las referencias en nota 3); con un punto de partida próximo ROXIN, *Strafrecht AT I*, 3.^a edición, 1997, § 2 IV, n. 9; KÖHLER, *Strafrecht AT*, 1996, p. 25.

⁸ Cfr. al respecto MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994.

dicos: el Derecho penal es garantía del Derecho en cuanto estructura de la sociedad. Por ello, los criterios de legitimación y los patrones de referencia han de determinarse desde una nueva perspectiva. Aquí se pondrá tomar como criterio de legitimación la función social de la norma de comportamiento garantizada jurídico-penalmente; el patrón de referencia para la cuestión de la legitimación es, entonces, los criterios de identidad de la autodescripción de la sociedad. Finalmente, se analizará si —y en caso afirmativo, con qué consecuencias— las exigencias de legitimación de la «teoría personal del bien jurídico» son susceptibles de ser realizadas en el mundo complejo de sociedades modernas altamente diferenciadas. En este contexto se verá que la «teoría personal del bien jurídico» está en condiciones de identificar aspectos decisivos de la problemática de legitimación del Derecho penal moderno; el punto de partida mismo propuesto por esta teoría, sin embargo, no alcanza a aprehender la estructura teórico-social de la problemática.

II. La teoría de las normas: el punto de quiebra predeterminado de una teoría del bien jurídico orientada a la práctica

1. *La concepción del bien jurídico crítica hacia el sistema y la dimensión práctico-social de la teoría del bien jurídico*

Puesto que la teoría del bien jurídico se concibe a sí misma como la teoría crítica decisiva de la legislación o de la política criminal, ello implica que su objetivo principal es un interés inspirado por la Ilustración, es decir, el de «ofrecer al legislador penal un criterio plausible y útil para sus tomas de decisiones, desarrollando al mismo tiempo un parámetro de valoración externo para determinar si esa decisión es justa»⁹. Una teoría del bien jurídico entendida de este modo ve el concepto de bien jurídico como un concepto crítico hacia el sistema¹⁰, es decir, que atribuye a este concepto la potencialidad de lograr ir más allá de una función dogmático-hermenéutica: se pretende sobrepasar el horizonte de un ordenamiento jurídico positivado con la intención de «medir los objetos de protección existentes con relación a un catálogo de protección ideal»¹¹. Al mismo tiempo, el Derecho penal es referido a la sociedad, a las condiciones de la vida social.

⁹ NK-HASSEMER, n. 261 previo al § 1.

¹⁰ Fundamental HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, pp. 23 y ss.

¹¹ *Op. cit.*, p. 24.

Ahora bien, si una teoría crítica del bien jurídico pretende satisfacer sus propios requerimientos, entonces no sólo debe estar en condiciones de identificar los criterios de definición materiales o condiciones de constitución sociales de los bienes jurídicos, sino que, además, debe ser capaz de mostrar las condiciones y posibilidades del «aparato de protección» jurídico-penal. Por lo tanto, una teoría crítica del bien jurídico no sólo debe poder indicar qué es lo que son «bienes jurídicos» y cómo éstos aparecen en la realidad social, sino que también debe poder explicar cómo funciona en detalle la protección de bienes jurídicos a través del Derecho penal¹². Por un lado, estas condiciones y posibilidades del «aparato de protección» jurídico-penal son aspectos decisivos de la dimensión práctico-social de la concepción del ordenamiento penal como protección de bienes jurídicos; y, por otro lado, los criterios materiales de definición de los bienes jurídicos se encuentran en una relación directa de constitución —como se verá más adelante— con la dimensión práctico-social de la teoría del bien jurídico. Sin embargo, que pueda iluminarse esta dimensión práctico-social depende de que quede clara la función del Derecho en la sociedad, y, de modo muy especial, la configuración social de las normas: sólo cuando se sepa con cierta seguridad cómo debe entenderse la existencia social de normas podrá aventurarse una afirmación acerca de qué es lo que protegen los tipos penales y cómo lo protegen. En cambio, si —por ejemplo— la estructura normativa y el sentido social del fenómeno normativo fueran más diferenciados y complejos de lo que puede hacer creer la extendida imagen de los mandatos y prohibiciones, quedarían en tela de juicio ya las propias condiciones prácticas bajo las cuales se formuló la concepción del ordenamiento penal como protección de bienes jurídicos.

2. *¿Relativización de la concepción del ordenamiento penal como protección de bienes jurídicos?*

El anclaje teórico-social de la teoría del bien jurídico llevado a cabo por el finalismo

En el caso de Alemania ha de considerarse que el punto de partida histórico de una concepción moderna del bien jurídico está en la teoría jurídico-penal de WELZEL. Y ello, especialmente, porque la imagen de

¹² «Una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema, que vincula al Derecho penal a la protección de bienes jurídicos (...) debe, por lo tanto, plantearse la cuestión acerca de si el Derecho penal realmente tiene el potencial de proteger bienes jurídicos, y, si se contesta afirmativamente a esta cuestión, cuándo ello es el caso (...); HASSEMER, *op. cit.*, p. 113.

los efectos sociales del Derecho penal hizo de madrina de reformulaciones más recientes —inspiradas en las ciencias sociales— de la teoría del bien jurídico¹³.

Ya en un momento relativamente temprano, con ocasión de la elaboración de las primeras posiciones fundamentales del finalismo, WELZEL entró en la discusión acerca de la dimensión práctico-social del modelo vinculado a la protección de bienes jurídicos¹⁴, aunque ello sucediera ante el trasfondo de un modelo de sociedad impregnado por la filosofía de valores. El cambio de perspectiva característico de toda la obra de WELZEL, desde el «desvalor de resultado» al «desvalor de acción», otorga a la idea de la protección de bienes jurídicos una configuración dentro de su concepción del Derecho penal que es clara y al mismo tiempo supone una relativización: en el pensamiento de WELZEL, la protección de bienes jurídicos como objetivo del Derecho penal se imbrica en la finalidad de conjunto del mantenimiento de los «valores de acción», perdiendo así su posición sobresaliente en cuanto punto de referencia legitimador primario¹⁵. Contemplada la cuestión desde la perspectiva actual, queda claro que esta relativización de la idea de la protección de bienes jurídicos —que fue criticada por algunos como «eticización del Derecho penal»¹⁶— también puede ser entendida como intento de buscar un anclaje para la concepción del bien jurídico en la realidad social, es decir, en la realidad de seres humanos que actúan¹⁷. Desde esta perspectiva, para WELZEL de lo que se trata es de demostrar una relación funcional entre el fortalecimiento o, en su caso, la confirmación de «valores de acción», por un lado, y la protección de bienes jurídicos, por otro, relación que tenga en cuenta los presupuestos y limitaciones reales de los efectos sociales del Derecho penal¹⁸.

¹³ Cfr. HASSEMER, *NK*, n. 251 y s., 334 previos al § 1; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 187 y ss., 194 y ss., 261, 273 y ss.; vid. la exposición resumida respecto de WELZEL en MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter* (nota 8), pp. 27 y ss.

¹⁴ Cfr. WELZEL, *ZStW* 58 (1939), p. 491; ÍDEM, *FS Kohlrausch*, 1944, p. 101; ÍDEM, *Das deutsche Strafrecht* (11.^a ed. 1969), pp. 1 y ss.

¹⁵ Con claridad ÍDEM, *FS Kohlrausch*, pp. 101 (106).

¹⁶ LAMPE, *Das personale Unrecht*, 1967, pp. 93 y s., nota 45; SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, en: BETTERMANN/NIPPERDAY/SCHEUNER, *Die Grundrechte* III 2, 1959, pp. 909 (918); WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1957, p. 59.

¹⁷ HASSEMER, *Theorie* (nota 10), pp. 90 y s.; ROXIN, *AT*, § 2 XII, n. 35.

¹⁸ «Pues [para la protección de bienes jurídicos] llega [el Derecho penal] precisamente en donde entra en acción en la realidad siempre demasiado tarde. Más esencial que la protección de los bienes jurídicos concretos e individuales es la tarea de garantizar la vigencia (el seguimiento) de los valores de acción de una actitud jurídica; éstos son el fundamento más fuerte que soporta al Estado y a la sociedad. La mera protección de

El intento de WELZEL de anclar el modelo de la protección de bienes jurídicos en la realidad social, sin embargo, se muestra problemático en dos puntos. Por un lado, en la concepción de WELZEL, la relación entre valores de acción y bienes jurídicos no queda suficientemente clara; por otro, se plantea en general la cuestión acerca de si resulta posible reconstruir la realidad social de modo adecuado en las categorías de una filosofía material de valores, es decir, si la equiparación de sentido social y valores, tal y como está en la base de la teoría del Derecho penal de WELZEL¹⁹, puede ser un fundamento sólido para la descripción de una sociedad.

La primera cuestión se refiere a un problema inmanente a la teoría. Si bien WELZEL subrayó que los «valores de acción» tienen como objeto el respeto de bienes jurídicos²⁰, es decir, que los valores de acción están referidos a valores vinculados a supuesto de hecho²¹, la estructura de tal relación sigue siendo poco clara —como también la constitución de los valores de acción en general. De acuerdo con su postura, valores de acción como los que menciona a título de ejemplo, la «fidelidad al Estado», el «respeto de la personalidad», la «sinceridad», etc. se refieren a múltiples bienes jurídicos, sin que, sin embargo, esta relación fuera descrita por WELZEL más en detalle. Ello supone que el punto de partida de WELZEL de equiparar las condiciones sociales de la protección de bienes jurídicos con el aseguramiento de valores de acción es aún demasiado genérico; el anclaje del modelo de la protección de bienes jurídicos en la realidad social se muestra en este punto quebradizo.

La segunda de las cuestiones lleva más allá del horizonte inmanente de la teoría. En sus primeros escritos, publicados antes de 1945, WELZEL había delineado una imagen clara —aunque tributaria en estructu-

bienes jurídicos tan sólo tiene una finalidad negativo-preventiva, policial-preventiva. Por el contrario, la misión más profunda del Derecho penal es de naturaleza positiva ético-social: al estigmatizar y castigar el abandono realmente ejecutado de los valores básicos de la actitud jurídica, manifiesta de la manera más impresionante de la que el Estado dispone la vigencia inquebrantable de esos valores positivos de acción, conforma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su actitud permanente de fidelidad al Derecho» (WELZEL, *Lehrbuch*, § 1, p. 3).

¹⁹ ÍDEM, ZStW 51 (1931), p. 703 (714); cfr. también las referencias en ÍDEM, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, p. 65 y *passim*; la posterior crítica de WELZEL a la «ética material» de Hartmann (ÍDEM, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (4.ª edición 1962 [1990]), pp. 221 y ss.) se dirigía contra su configuración material y su fundamentación social, pero dejó incólume el análisis categorial (cfr. *ibidem*, p. 223, nota 22).

²⁰ ÍDEM, *Lehrbuch*, § 1, p. 3.

²¹ ÍDEM, FS Kohlrausch, p. 101 (106).

ras parciales del espíritu (o demonio) alemán de la época— del ordenamiento material de valores en las sociedades²². Esta imagen empalideció considerablemente después de 1945; tan sólo quedó la referencia a la relevancia social de una ética social de carácter fundamental y a la imbricación del Derecho en esa ética social²³.

Sin embargo, es precisamente este carácter desdibujado en cuanto a los contenidos de las consideraciones hechas por WELZEL después de 1945 respecto del orden de valores material de la sociedad lo que abona la sospecha de que la reconstrucción de la sociedad en las categorías de una ética material de valores está vinculada a un pensamiento tradicional que pretende aprehender el Estado y la sociedad de modo sustancialista, como una unidad superior predada²⁴. La vinculación estricta del Derecho a un orden material de valores puede parecer plausible para un pensamiento de estas características; sin embargo, no lo es ante una imagen de la sociedad que se caracteriza precisamente por una pluralidad de ordenamientos, es decir, ante la imagen de una sociedad descentralizada, diferenciada. En esta medida, la configuración de la teoría del Derecho penal en WEZEL es un testimonio de su tiempo; un tiempo que sólo podía aprehender la configuración de la modernidad social como fenómeno de descomposición espiritual. Teniendo en cuenta el cambio frenético de valores y la fragmentación de los estilos de vida en la sociedad moderna de masas, sin embargo, se impone la sospecha de que el cometido del Derecho no puede encontrarse en una función ético-social; por el contrario, la función del Derecho y la constitución de valores deben ubicarse en planos sociales distintos: la argumentación jurídica puede *referirse* a valores en cuanto criterio de decisión, pero el Derecho —así va esbozándose en la actualidad— no se agota en la *educación* hacia determinados valores²⁵.

Ahora bien, para poder llevar a cabo afirmaciones seguras acerca de la relación entre Derecho y valores, en primer lugar ha de aprehender-

²² Cfr. la polémica contra el «relativismo valorativo como infraespecie degenerada de la filosofía de valores» e «ideología de la época de postguerra democrático-parlamentaria» (ÍDEM, *Naturalismus*, p. 52 nota 52); frente a ello, el ordenamiento de valores ha de estar fundado en cuanto «ordenamientos vitales concretos» en la «gran unidad (...) de la comunidad popular [*Volksgemeinschaft* es el conocido término alemán, estrechamente vinculado a la terminología nazi, n. de los t.>]» (*ibidem*, p. 76).

²³ ÍDEM, FS Schaffstein, pp. 45 (46 y s.).

²⁴ Cfr. al respecto SCHEUNER, «Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem», en: JAKOBS (ed.), *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976, p. 33; vid. también la referencia de E. A. WOLFF al «Estado paternal», «Die Abgrenzung von Kriminalunrecht von anderen Unrechtsformen», en: HASSEMER (ed.), *Strafrechtspolitik: Bedingungen der Strafrechtsreform*, 1987, pp. 137 (157 y s.).

²⁵ Cfr. al respecto también HASSEMER, *Theorie* (nota 10), pp. 94 y ss.

se la configuración social del Derecho, es decir, la concepción del Derecho penal debe colocarse sobre un fundamento teórico-normativo que permita una comprensión del anclaje del Derecho en la realidad social.

3. La teoría de las normas del finalismo como fundamento de la teoría del bien jurídico

Armin KAUFMANN emprendió la formulación de un fundamento teórico-normativo de la teoría jurídico-penal del finalismo, desarrollada en debate con la teoría de las normas de BINDING²⁶; al mismo tiempo, colocó la primera piedra de la imagen aún hoy comúnmente asumida de la configuración social de las normas jurídicas, imagen que toman como presupuesto las distintas teorías del bien jurídico.

En primer lugar, KAUFMANN logró precisar en el plano teórico-normativo la relación existente entre bienes jurídicos, valores de acción y normas, cerrando de este modo en la línea del finalismo una laguna que presentaba la concepción del Derecho penal de WELZEL.

El punto de partida exclusivo de su teoría de las normas era para KAUFMANN el «acto humano», es decir, la «acción» final «tal y como la ha reconocido WELZEL en cuanto estructura a priori en el objeto de la regulación jurídica»²⁷. En un primer momento, KAUFMANN caracteriza la relación entre normas, valores de acción y bienes jurídicos como escalonamiento de valores: «Al principio está el “orden social”, la creación valorativa del conjunto de los bienes jurídicos. Sigue la valoración de los sucesos que afectan al mundo de los bienes jurídicos. Como tercer escalón, entre esos sucesos se seleccionan los actos de los seres humanos como objeto de la valoración jurídica, de la que deriva con carácter necesario el “deber-hacer”, la norma, y de la que recibe su “validez”»²⁸.

El último escalón entre los mencionados –el tercero– es el escalón valorativo decisivo para el anclaje empírico de la concepción del bien jurídico, puesto que es aquí en donde se concreta la configuración social de la norma y, con ello, la protección jurídico-penal de bienes jurídicos. De acuerdo con KAUFMANN, en este escalón «al elemento axiológico...» se le añade un elemento «teleológico: la norma vincula a algo, el

²⁶ KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954; cfr. al respecto también MÜSSIG, *Schutz* (nota 8), pp. 34 y ss.

²⁷ KAUFMANN, *Normentheorie* (nota 26), p. 282.

²⁸ *Op. cit.*, p. 281.

objeto del juicio de valor se piensa como cometido, como objetivo»²⁹; la norma adquiere la forma de una *orden* del legislador a los «súbditos»³⁰. Este elemento teleológico, designado por KAUFMANN también como «relación hacia la realización»³¹, determina la configuración social de la norma en el «mundo de la génesis de consecuencias»³². Con la «transición desde la “valoración” a la “orden”»³³ «la norma lleva a cabo su salto hacia la realidad jurídica»³⁴.

A pesar de que KAUFMANN pretende concebir el mandato, la «relación entre deber y obligado» como «existencial», y no como «relación psíquica» por principio³⁵, puesto que el deber, a causa del libre albedrío, nunca puede imponer la «efectividad social en la toma de decisión del obligado», sí subraya su «efecto psico-social en cuanto motivación»³⁶. Con ello, por consiguiente, KAUFMANN en última instancia entiende la concreción de la norma en la realidad social de modo completamente psicológico, como reflejo subjetivo de una orden exterior a una voluntad concebida en términos instrumentales.

En una primera aproximación, para un análisis crítico resultaría sencillo referirse —de modo paralelo a lo que sucede respecto de la fundamentación del Derecho penal en una filosofía de valores en WELZEL— al trasfondo filosófico-valorativo de esta teoría, con la intención de descalificar el punto de partida de KAUFMANN. Tal crítica, desde luego justificada, se quedaría, sin embargo, corta en las conclusiones alcanzadas, pues subestimaría las repercusiones —no siempre evidentes— de este punto de partida: de modo más o menos expreso, la teoría de las normas de KAUFMANN y la concepción de la configuración social de las normas supone la base de casi todas las teorías del Derecho actuales.

Pues KAUFMANN avanzó desde el Derecho penal a aquel punto que una teoría del bien jurídico debe comprobar en la medida en que se conciba como teoría del cometido y de la función sociales del Derecho penal: la cuestión de la concreción del «deber» en la realidad social, esto es, la determinación del sentido social de la normatividad. Esta cuestión relativa a la configuración y función social de las normas constitu-

²⁹ *Op. cit.*, p. 76.

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

³³ *Op. cit.*, p. 74.

³⁴ *Op. cit.* p. 76.

³⁵ *Op. cit.*, p. 161.

³⁶ *Ibidem.*

ye el elemento de vinculación para la unidad de la teoría del Derecho penal y de la sociedad; simultáneamente, es el fundamento imprescindible de una teoría del bien jurídico que deba mostrar su dimensión social-práctica.

Es mérito de KAUFMANN haber identificado este punto para la dogmática jurídico-penal; sin embargo, su fundamentación en el plano de la teoría de las normas es inferior a la concepción del Derecho penal de WELZEL³⁷. La concreción del «deber» llevada a cabo por KAUFMANN en los imperativos de las normas como instrumentos de motivación concretos, a interpretar en clave psicológica, es una concepción que proviene de la misma raíz que su definición de injusto: de las estructuras de la acción y del sujeto reconstruidas en cuanto estructuras ónticas. Frente a ello, WELZEL siempre refirió el Derecho al sentido de la realidad social³⁸. En este contexto, para WELZEL el punto de partida en la acción en cuanto fenómeno social —si bien ante un trasfondo propio de una filosofía de valores— hacía posible la unidad de concepción del Derecho penal y teoría social. Y KAUFMANN rompe esta unidad al intentar reconstruir la realidad social exclusivamente desde la perspectiva de un concepto ontológico de acción, de la «acción final (...) como estructura apriorística en el objeto de la regulación jurídica»³⁹. Esta orientación con base en la «estructura ontológica de la acción», que reduce el sentido de la acción a la dirección final, excluye el significado de la acción en cuanto fenómeno social, en su sentido en el marco de la estructura social humana, cortando así la dimensión social del Derecho.

La relevancia constitutiva del Derecho para la configuración de la sociedad —del conjunto de los contactos sociales— no puede ser aprehendida sobre la base de la teoría de las normas de KAUFMANN, ya que la interpretación de la norma como imperativo falla al no abarcar las condiciones de existencia de contactos sociales: el contacto social, entendido en cuanto referencia de una acción a las acciones de otros, necesita de un contexto —por mínimo que éste sea— que haga posible comprender las acciones, es decir, identificarlas y elegir las para sí mismo. Una teoría de las normas que pretenda aprehender el anclaje social del Derecho debe partir de este punto; debe poner en claro la relevancia de

³⁷ Es característica la argumentación de KRÜPELMANN, quien invoca en contra de la teoría de los imperativos la concepción del bien jurídico de WELZEL; KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, 1966, p. 97.

³⁸ Cfr. WELZEL, *ZStW* 58 (1939), pp. 491 y ss. (496); CANCIO MELIÁ, GA 1995, pp. 179 y ss. (185 y ss.).

³⁹ KAUFMANN, *Normentheorie* (nota 26), p. 282.

la norma para la constitución de estas perspectivas elementales comunes de los intervinientes en el contexto. Ahora bien, la interpretación de la norma como imperativo ya presupone ese contexto y, en consecuencia, se queda corta: en las pretendidas «estructuras lógico-materiales» ya se halla incluida de modo subrepticio la constitución social del sujeto y la configuración de la sociedad sin que ello se haya explicitado argumentativamente.

Más allá de ello, al reducir la configuración social de la norma a la forma de un imperativo, KAUFMANN limita la perspectiva para la determinación del sentido social de la normatividad exclusivamente a la determinación individual de la conducta. Con esta opción, el significado social original de la norma, esto es, su referencia a contactos sociales en cuanto sucesos sociales, pasa a un segundo plano. El recurso de KAUFMANN a las «estructuras lógico-materiales» conduce a una mecánica normativa, restringida de modo individualista, que por ello se ve obligada a dar por supuesta la constitución de la sociedad: desde la perspectiva de la teoría de las normas de KAUFMANN, la sociedad sólo puede reconstruirse como una aglomeración sin sentido ni relación de mónadas —en el mejor de los casos: nómadas— que de alguna manera entran en contacto, es decir, que más bien entran en colisión, y en la que un poder ordenador interviene estableciendo imperativos para establecer reglas y así evitar males mayores⁴⁰. En la construcción de KAUFMANN desaparece la multidimensionalidad y —funcionalidad del Derecho⁴¹.

Esta desecación social del concepto de Derecho, sin embargo, no sólo debe reconducirse al hecho de que para KAUFMANN entran en conflicto las «estructuras lógico-materiales» con la constitución dotada de sentido de la realidad social; también puede considerarse que una ulterior razón de ello está en que en la concepción de KAUFMANN, la forma lingüística de la norma, es decir, el símbolo en su estructura de texto, es tomada como su configuración social, pretendiéndose determinar a partir de esta forma lingüística su función⁴². El símbolo lingüístico de la norma en forma de un imperativo y la concreción del «deber» que de ella se deduce puede que resulten plausibles en cuanto modelo de imputación jurídico-dogmático, esto es, como reconstrucción interna en

⁴⁰ Cfr. al respecto la imagen delineada por ENGISCH: «De este modo, el sujeto sometido al Derecho se ve afectado constantemente por un gran número de imperativos, que a modo de espadas y lanzas se encuentran a diestra y siniestra en su camino, y que debe respetar si no quiere sufrir heridas» (*Die Imperativentheorie*, tesis doctoral [1925], p. 70).

⁴¹ Cfr. al respecto PAEFFGEN, GS Armin Kaufmann, p. 399 (415).

⁴² KAUFMANN, *Normentheorie* (nota 26), pp. 66 y s., 77.

el sistema jurídico⁴³, pero no son suficientes como base de una fundamentación en términos de teoría social de la teoría de las normas —al menos si lo que se pretende es evitar una dogmatización de la dimensión práctico-social de la concepción del bien jurídico, y, con ello, del Derecho penal en su conjunto.

4. ¿Reformulación de la teoría del bien jurídico con base en las ciencias sociales?

A principios de los años setenta comenzó en Alemania una discusión más intensa del concepto de bien jurídico⁴⁴, discusión que también se refería de modo específico a los fundamentos científico-sociales y de teoría social del modelo de la protección de bienes jurídicos⁴⁵ —las repercusiones de estos trabajos aún se perciben con claridad en las teorías personales del bien jurídico: fue precisamente el estudio de HASSEMER el que abrió la puerta para tener en cuenta las posibilidades de una reformulación moderna de la concepción del bien jurídico.

Con el propósito declarado de «concebir» la teoría del bien jurídico en «una referencia constitutiva hacia la realidad»⁴⁶, HASSEMER la enmarca en su conjunto en una teoría del control social, interpretando, sin embargo, los mecanismos de control social en el sentido de WELZEL, es decir, como «fortalecimiento y aseguramiento de los valores de acción ético-sociales». Para ello, HASSEMER vincula la constitución de bienes jurídicos con las condiciones de la definición social del delito, es decir, los procesos comunicativos de la criminalización⁴⁷. A continuación, con base, en última instancia, en «condiciones de plausibilidad», dedu-

⁴³ Por lo tanto, no se trata aquí de negar *en su conjunto* la posibilidad de establecer tal modelo, o que globalmente pueda resultar fructífero; sólo que como nexo de unión entre la teoría del Derecho y la teoría social, este modelo no es adecuado. Se halla limitado a una perspectiva jurídico-dogmática. Cfr. respecto de esta diferenciación MÜSSIG, *Schutz* (nota 8), pp. 138 y ss.; adopta, sin embargo, también una posición crítica desde el lado de la dogmática jurídica GIANNIDIS, *Theorie der Rechtsnorm auf der Grundlage der Strafrechtsdogmatik* (1979), pp. 27 y ss., 54 y ss.; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 243.

⁴⁴ RUDOLPHI, FS Honig (1970), p. 151; MARX, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»* (1972).

⁴⁵ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 13); HASSEMER, *Theorie* (nota 10).

⁴⁶ HASSEMER, *Theorie* (nota 10), p. 112.

⁴⁷ «Una teoría del bien jurídico que quiera iluminar la referencia de contexto de los bienes jurídicos, su correspondencia con experiencias valorativas sociales, por ello debe preguntar con carácter general por aquello que en una sociedad es percibido como delito»; *op. cit.*, p. 131.

ce las condiciones de la criminalización, que concibe en principio de modo similar a las teorías del «labeling approach» como fenómenos de interacción, como estigmatización: «Cuál sea el comportamiento que en una sociedad es considerado tan intolerable que debe ser rechazado con los medios más intensos de la organización estatal, depende de cuál es la valoración que atribuye la sociedad a los objetos que son puestos en peligro o lesionados por ese comportamiento»⁴⁸. Como momentos decisivos de esa experiencia valorativa social, que HASSEMER denomina en lo sucesivo «comunicación normativa», se mencionan la frecuencia de la lesión de intereses, la intensidad de la necesidad del bien lesionado y la intensidad de la amenaza ínsita en la lesión tal y como aquélla es percibida socialmente.

En un segundo paso, HASSEMER formula los principios de una política criminal racional en cuanto concepción de un «control social formalizado»: la formalización, según HASSEMER, hace posible una cierta distancia en el tratamiento social de la delincuencia⁴⁹ y la realización de principios materiales; especialmente, para la protección de los intervinientes en el conflicto⁵⁰.

Desde una perspectiva crítica hacia la concepción de HASSEMER hay que apuntar, en primer lugar, que su concepto de bien jurídico, al ser disuelto en los procesos de constitución de la criminalización social, más bien tiende a convertirse en una mera descripción afirmativa de la experiencia valorativa social. El punto de partida crítico hacia el sistema se traslada así desde el concepto de bien jurídico hacia la concepción de la formalización; el concepto de bien jurídico mismo en la construcción de HASSEMER se convierte meramente en un reflejo de los procesos sociales de criminalización. Ahora bien, que tal concepto desmaterializado de bien jurídico aún pueda servir de guía de una política criminal racional, aunque sólo fuera como «topos de argumentación»⁵¹, parece más bien dudoso⁵².

Lo que resulta decisivo, sin embargo, es que si bien HASSEMER muestra con claridad la referencia al contexto práctico-social de la teoría del bien jurídico, no aclara completamente este contexto en su fundamentación teórico-normativa.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 147.

⁴⁹ *Op. cit.*, pp. 195 y s.

⁵⁰ *Op. cit.*, pp. 196 y s.; ÍDEM, en: *NK* n. 310 previo al § 1.

⁵¹ ÍDEM, en: *NK*, n. 289 previo al § 1.

⁵² Sin embargo, parece demasiado superficial mi crítica en MÜSSIG, *Schutz* (nota 8), pp. 61 y s. En ese trabajo, probablemente se ha infravalorado la potencia crítica hacia el sistema de la concepción de la formalización — aunque los principios materiales de la formalización son introducidos por HASSEMER prácticamente sin presupuesto alguno.

La descripción hecha por HASSEMER de aquellos procesos sociales que están en la base de una criminalización formal, en principio, no es más que una descripción de la génesis social de la norma. Ahora bien, HASSEMER entiende estos procesos de control social —y ello destaca su punto de partida en Alemania como el más moderno y como alternativa fundada teórico-socialmente— como fenómenos de interacción, es decir, como procesos comunicativos de atribución de un comportamiento desviado —y los identifica a continuación con la constitución social de bienes jurídicos: en su construcción, la génesis social de la norma y la constitución de los bienes jurídicos son una misma cosa. Con ello, por un lado, en principio la problemática de la determinación del bien jurídico se ubica en un plano de comunicación. Pero, por otro, en este contexto, que precisamente HASSEMER crea al vincular la «comunicación normativa» social con la determinación de bienes jurídicos, hubiera sido necesario y coherente aprehender en sí el sentido social, es decir, comunicativo, de la normatividad, haciendo posible de este modo la determinación de la configuración y función sociales de las normas en sí.

Sin embargo, HASSEMER no sigue este camino, sino dirige su atención —de una manera que casi parece «tradicional»— a los «bienes» afectados por la conducta desviada⁵³. Con ello, HASSEMER vuelve a perder de vista la dimensión comunicacional que acababa de identificar para la problemática del bien jurídico.

HASSEMER tampoco puede desarrollar esa dimensión comunicacional, en particular, el sentido comunicativo de la normatividad, en el segundo escalón de su teoría del bien jurídico, el concepto de formalización. En un primer paso, reconstruye la formalización como una concepción para la configuración de contenidos de la técnica penal de protección⁵⁴. Sin embargo, para la descripción del fundamento en el ámbito de la teoría de las normas de la técnica de protección, HASSEMER recurre —también aquí con una orientación tradicional— a la teoría de las normas de BINDING⁵⁵. Es cierto que este modelo es el modelo rector de norma en el ámbito del Derecho penal —y ya fue tomado como base por Armin KAUFMANN—; pero no es capaz de llevar a cabo la vinculación —necesaria también para las teorías del bien jurídico— entre

⁵³ «Las teorías del bien jurídico... discuten objetos de protección jurídico-penales, su concepto y función. Por lo tanto, no se halla en primera línea de la problemática relevante a sus efectos la norma y su relación con la realidad» (*Theorie* [nota 10], p. 105).

⁵⁴ *Op. cit.*, pp. 196 y s.

⁵⁵ *Op. cit.*, pp. 211 y ss.

teoría jurídica y teoría social⁵⁶. Al contrario: este modelo —argumentando desde una perspectiva jurídico-dogmática— amenaza con dogmatizar en su conjunto la referencia al contexto social de la teoría del bien jurídico. Al reconducir HASSEMER su concepción de la técnica de protección jurídico-penal al modelo de norma de BINDING, recorta su planteamiento inspirado en la teoría social, reduciéndolo en este punto a la perspectiva de la *dogmática* del Derecho penal: sin referencia al sentido social de la normatividad, la teoría del bien jurídico queda fuera del contexto comunicativo en el que HASSEMER precisamente quería in-cardinarla con su teoría del comportamiento desviado.

III. Las teorías institucionales del Derecho como fundamento de la teoría del bien jurídico en el plano de la teoría de la norma

Lo dicho hasta ahora respecto de la teoría del bien jurídico lo ha sido prácticamente a contrapelo de las posiciones expuestas: no se trataba tanto del *ámbito de aplicación* de los diversos puntos de partida (¿qué son bienes jurídicos?) como de aclarar el *fundamento*, en teoría de la norma y teoría social, de la teoría del bien jurídico (¿cómo funciona la protección jurídico-penal de bienes jurídicos?), es decir, la dimensión práctico-social de la teoría del bien jurídico. En este contexto, se han identificado déficits decisivos, que tienen repercusiones —como cabe suponer después de lo expuesto hasta ahora— también en lo que se refiere al ámbito de aplicación de la teoría del bien jurídico.

En lo que sigue, se pretende esbozar algunos datos decisivos para tal fundamento de la teoría del bien jurídico. A estos efectos, cabe percibir ya los contornos del marco de la cuestión: WELZEL demostró que la dimensión práctico-social de la concepción de la protección de bienes jurídicos es aquel punto en el que resulta posible integrar la concepción en una teoría social. Armin KAUFMANN concretó el planteamiento de la cuestión en el sentido de que el punto de coincidencia decisivo está en la cuestión del sentido de la normatividad. Las construcciones más recientes orientadas con base en las ciencias sociales confirman, por un lado, la relación constitutiva entre el fundamento teórico-social y el ámbito de aplicación de la teoría del bien jurídico; al mismo tiempo, por otro lado, esbozan la ubicación sociológica del fundamento teórico-normativo: en cuanto teoría del control social.

⁵⁶ Cfr. *supra* II.3.

Un fundamento de teoría de las normas asegurado, a su vez, desde las ciencias sociales⁵⁷, fundamento del que también necesita la teoría del bien jurídico en cuanto teoría de legitimación del Derecho penal, sólo puede ser formulado —como intentará mostrarse en lo que sigue— sobre la base de teorías institucionales del Derecho. Estas teorías institucionales del Derecho se caracterizan por que conciben una teoría estructural del Derecho como teoría estructural de la sociedad, aprehendiendo con ello la génesis del Derecho como proceso social global, analizando desde esta perspectiva la configuración y función sociales del Derecho en cuanto estructura de la sociedad.

Los dos protagonistas más conocidos y, al mismo tiempo, polos opuestos en lo que concierne a los contenidos, de una teoría institucional del Derecho son en Alemania Niklas LUHMANN⁵⁸ y Jürgen HABERMAS⁵⁹; se trata, al mismo tiempo, de las personificaciones de los paradigmas que compiten en el momento actual en la teoría sociológica en su conjunto: teoría de los sistemas *versus* punto de partida en la teoría de la comunicación. Sin embargo, en un primer paso, cabe identificar algunas estructuras comunes.

1. *El Derecho como estructura de la sociedad*

a) *La estructura social de las normas*

De acuerdo con ambos puntos de partida, la estructura social de normas, esto es, el sentido social de la normatividad es más complejo que la representación lingüística —formulada en forma de imperativos— de la norma de comportamiento. Ambas teorías describen las normas con carácter general como estructuras sociales transmitidas *por comunicación*⁶⁰: de acuerdo con esta perspectiva, las normas son esquemas

⁵⁷ Asegurado al menos en el marco establecido por los estándares actuales de las ciencias sociales.

⁵⁸ Sobre la «teoría del Derecho» LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft* (1993), pp. 14 y ss., 16 y s., 24; sobre la teoría «institucional» del Derecho, pp. 501 y ss., 506 y s.

⁵⁹ Sobre los paradigmas jurídicos y la teoría del Derecho como elementos de un «modelo social del Derecho» HABERMAS, *Faktizität und Geltung* (1992), pp. 238 y ss., 240 y ss.

⁶⁰ Cfr. respecto de la estructura comunicativa de las normas LUHMANN, *Rechtssoziologie* (1987), pp. 28 y ss., 40 y ss.; ÍDEM, *Recht der Gesellschaft* (nota 58), pp. 35 y s., 46 y ss., 49 y s.; ÍDEM, *Soziale Systeme* (1987), pp. 382 y ss., 387 y ss., 396 y ss.; vid. también HABERMAS, «Sprachspiel, Intention und Bedeutung», en: WIGGERSHAUS (ed.), *Sprachanalyse und Soziologie* (1975), pp. 319 (333 y ss.); ÍDEM, *Theorie des kommunikativen Handelns* (1988), t. I, pp. 127 y s.; ÍDEM, *Faktizität und Geltung* (nota 59), pp. 32 y ss., 41 y ss., 44 y s.

simbólicos de orientación que, en la medida en que se trata de normas jurídicas, determinan los caracteres fundamentales de la concreta configuración de la sociedad; se trata de formas de sentido generalizadas a través de las cuales —entre otras— el sistema de comunicación sociedad se describe a sí mismo y se reproduce⁶¹, por ejemplo, como sociedad que conoce y protege la propiedad privada o que ha monopolizado institucionalmente y formalizado el ejercicio de la violencia.

Un análisis más exacto de la estructura interna muestra que las normas son *estructuras reflexivas de expectativas*⁶².

Las interacciones —esto es, el campo de la acción y vivencia sociales— obtienen en principio su estructura a través de expectativas; con toda naturalidad, se espera el decurso normal del entorno cotidiano y se hacen las previsiones correspondientes. Las expectativas de conducta sencillas, es decir, que se refieren a un comportamiento concreto del otro, desde luego que son susceptibles de ser representadas simbólicamente en forma de imperativos; ahora bien, que tal imperativo resulte comprensible tiene ya como presupuesto la existencia de un contexto social. Y, más allá de ello, las expectativas reflexivas —expectativas de expectativas—, por el contrario, se refieren a las expectativas del otro, que a su vez son objeto de expectativa: se reconoce que la conducta ajena no se halla determinada, sino que el sentido de ésta es conformado a través de la estructura de expectativas del otro; si se pretende comprender ese sentido y, en su caso, prepararse frente a la configuración del comportamiento ajeno, es necesario o conocer las estructuras de expectativas del otro⁶³ o poder confiar en esquemas de interpretación generales, es decir, esperar una expectativa ajena. Es esta proyección la que crea el contexto social que hace posible la

⁶¹ Cfr. LUHMANN, *Soziale Systeme* (nota 60), pp. 392, 411 y ss., 470 y ss., 472; ÍDEM, *Rechtssoziologie* (nota 60), pp. 117, 134, 298 y s.; ÍDEM, *Recht der Gesellschaft* (nota 58), pp. 124 y ss., 131 y ss.; HABERMAS, *Theorie t. II* (nota 60), pp. 257 y ss., 261 y ss., 536; ÍDEM, *Faktizität und Geltung* (nota 59), pp. 59 y s., 77 y s., 106 y ss. y *passim*.

⁶² Cfr. al respecto LUHMANN, *Rechtssoziologie* (nota 60), pp. 31 y ss.; ÍDEM, *Soziale Systeme* (nota 60), pp. 411 y ss.; ÍDEM, *Recht der Gesellschaft* (nota 58), pp. 79 y ss., 133 y ss., 144; así como HABERMAS, *Sprachspiel* (nota 60), pp. 319 (333 y s.); ÍDEM, *Faktizität* (nota 59), pp. 37 y s.

⁶³ Un ejemplo trivial (cfr. MÜSSIG, *Schutz* [nota 8], p. 90): el enamorado no sólo intentará trasladar a la persona objeto de su amor su aprecio, sino, en la medida de lo posible, su propia persona. Por ello, se afanará en dar «buena imagen» a sus ojos. Si desea que esto y el proyecto en su conjunto lleguen a buen puerto, al menos ha de disponer de ciertos datos acerca de las estructuras de expectativas de la persona objeto de su «adoración» para poder comportarse y representarse —no necesariamente de modo afirmativo («yo tampoco bebo vino»), quizás de manera incluso innovadora («un Vernaccia trae el verano al invierno») — en consecuencia.

relación de comunicación⁶⁴; y sólo este contexto es el que hace posible comprender el comportamiento del otro, y, en consecuencia, conducirse frente a él con sentido, es decir, de modo que le resulte comprensible⁶⁵.

El Derecho, por su parte, afecta a aquellas estructuras de expectativas que —en la mayoría de las ocasiones, mediante procedimientos formalizados— se hallan institucionalizadas con vigencia en toda la sociedad. Esta generalización de estructuras de expectativas para el conjunto de la sociedad caracteriza al Derecho como estructura de la sociedad —y también como traslación de estándares de racionalidad válidos para el conjunto de la sociedad—: el Derecho define la configuración de la sociedad.

Ya este esbozo elemental muestra que la función social de las normas no está tanto dirigida a la *determinación de la conducta* como, más bien, se refiere a la *seguridad de expectativas*⁶⁶; las normas constituyen —desde la perspectiva psicológico-individual— esquemas de orientación para la configuración de contactos sociales. Constituyen un contexto de sentido, un horizonte social para la puesta en marcha de interacciones, determinando así en última instancia la configuración de la vida social.

b) El sentido social de la normatividad

Ahora bien, en la determinación del sentido social de la normatividad en sí misma sí existen diferencias decisivas entre el punto de parti-

⁶⁴ Los contactos sociales cotidianos tienen como presupuesto la elemental expectativa de que también los demás comparten ciertas ideas básicas acerca del curso y de la seguridad con la que se producirán estos acontecimientos; por ejemplo, la expectativa de que normalmente no hay que temer ataques contra la vida o la integridad física.

⁶⁵ Ejemplo: que un movimiento de la mano deba entenderse como saludo, como gesto despectivo o incluso como injuria, sólo deriva del contexto de situación que es estructurado por medio de las expectativas de los intervinientes.

⁶⁶ LUHMANN, *Recht der Gesellschaft* (nota 58), pp. 135 y ss., 156 y ss., 160. Incluso en aquellos ámbitos en los que a primera vista parece que lo decisivo es únicamente la dirección directa de conductas, como, por ejemplo, en el tráfico rodado, éste se derribaría inmediatamente si no se garantizara seguridad de expectativas: se acciona el intermitente partiendo de la expectativa de que (todos) los demás comprenderán la señal y se conducirán de modo correspondiente —y uno mismo debe dirigir el vehículo en coherencia con la señal dada. Las inseguridades cotidianas muestran lo que-bradizo que puede ser ese contexto de expectativas: un conductor que disfruta de preferencia de paso hace una señal con los faros. ¿Puede el otro conductor circular sin peligro, o lo que concurre es un malentendido?

da de la teoría de sistemas y aquel de la teoría de la comunicación: se trata de la cuestión de cómo es vivido el «deber» en la sociedad, es decir, de qué es lo que significa ese símbolo en la sociedad —y una teoría del Derecho penal se ve obligada a tomar posición en este punto, pues se trata de una cuestión fundamental del fundamento en el plano de la teoría de la norma.

Desde la perspectiva de la teoría de los sistemas, la normatividad es un aspecto de la necesaria estructuración del sistema social; el símbolo del «deber» significa la generalización temporal y social de expectativas: las expectativas *normativas*, a diferencia de las expectativas *cognitivas*, son mantenidas en caso de defraudación de manera contrafáctica y a efectos demostrativos⁶⁷; «las expectativas cognitivas [...] se caracterizan por una disposición —no necesariamente consciente— a aprender, mientras que las expectativas normativas, por el contrario, por la decisión de no aprender de las defraudaciones»⁶⁸. Desde luego, la distinción entre expectativas cognitivas y normativas depende completamente del medio social; se trata de una distinción derivada de la práctica social, no natural: el *tratamiento* de una expectativa como expectativa normativa es una «declaración de garantía» acerca de la configuración futura de los contactos sociales que cabe esperar. Sin embargo, desde la perspectiva vinculada a la teoría de los sistemas, la normatividad en sí misma, el sentido social del símbolo «deber», no se halla vinculado a un determinado contenido; no implica afirmación alguna acerca de la *legitimidad* de las correspondientes estructuras.

Frente a ello, HABERMAS determina el significado social de la normatividad sobre la base de la acción comunicativa, es decir, sobre la base de procesos de comprensión interpersonal. HABERMAS vincula la normatividad —en consciente contraposición con los puntos de partida vinculados a la teoría de sistemas— de modo estrecho con el concepto de *legitimidad*, ensamblándola con una reconstrucción, en términos de teoría

⁶⁷ LUHMANN, *Rechtssoziologie* (nota 60), pp. 42 y ss.; ÍDEM, *Soziale Systeme* (nota 58), pp. 436 y ss.; ÍDEM, *Recht der Gesellschaft* (nota 58), pp. 31 y s., 131 y ss., 133. Ahora bien, LUHMANN refiere la normatividad exclusivamente a la dimensión temporal del sistema social (de modo resumido, vid. *Rechtssoziologie*, p. 94). Sin embargo, cabe la duda de que de este modo quepa aprehender por completo la configuración del símbolo «deber». Respecto de la dimensión temporal, lo decisivo es la diferencia entre que exista o no exista disposición a aprender, es decir, con referencia a la normatividad, la decisión de mantener en el futuro la expectativa aun en el caso en el que se produzca una defraudación. El hecho de que esta decisión, además, ha de ser mostrada, es decir, que también funciona como «aviso a navegantes», a los demás, indica la necesidad de la dimensión social en cuanto perspectiva del símbolo «deber». Sólo entonces se abre por completo el sentido específico de la noción «obligatoriedad».

⁶⁸ ÍDEM, *Rechtssoziologie* (nota 60), p. 43.

del consenso, del discurso: «El concepto de la acción regulada por normas se refiere [...] a los miembros de un grupo social que orientan su actuar con base en valores comunes [...]. Las normas expresan un acuerdo existente en un grupo social [...]. El concepto central de *cumplimiento de la norma* significa el cumplimiento de una expectativa de conducta generalizada. La expectativa de una conducta no tiene el sentido cognitivo de la expectativa de un suceso cuya producción es objeto de pronóstico, sino el sentido normativo de que los miembros del grupo tienen derecho a esperar un determinado comportamiento»⁶⁹.

Por lo tanto, la cuestión es si ha de distinguirse a efectos de análisis entre un sentido social fundamental de la normatividad, por un lado, y la legitimidad de determinadas normas, por otro —así la posición de la teoría de sistemas— o si —aceptando la aproximación propia de la teoría de la comunicación—, ya en el plano conceptual resulta obligado vincular normatividad y legitimidad. En el presente marco, sin embargo, resulta imposible reproducir —ni siquiera en los aspectos más básicos— la discusión entre la teoría de los sistemas y el punto de partida de la teoría de la comunicación. Por lo tanto, en lo que sigue habrán de bastar algunas acotaciones — que desde mi perspectiva hablan en favor del punto de vista de la teoría de los sistemas.

Ante todo ha de dejarse sentado, en contra de éste último, que la cuestión de la legitimación del Derecho penal puede convertirse rápidamente en el «ángulo muerto» de una reconstrucción en el sentido de la teoría de los sistemas si se identifica la legitimidad meramente con una «aceptación generalizada de decisiones»⁷⁰ mediante un determina-

⁶⁹ HABERMAS, *Theorie*, tomo 1 (nota 60), p. 127. Esta definición conceptual de la normatividad propuesta por HABERMAS, vinculada a la tradición europea, es decir, orientada en esta medida en atención a una teoría de la razón, determina también la estructura de los estudios de teoría del Derecho más recientes de HABERMAS (cfr. al respecto ÍDEM, *Faktizität und Geltung* [nota 59], pp. 17 y ss., así como el característico recurso al concepto de KANT de validez jurídica, loc. cit., pp. 46 y ss., 137 y ss., 192 y ss.). Si bien en la actualidad HABERMAS introduce a las normas en el ámbito de tensión entre «facticidad y validez», se sigue manteniendo la fundamentalización de la normatividad en procesos de intercomunicación: «Por un lado, tales reglas deben constituir limitaciones fácticas [es decir, por coacción fáctica, B. M.] (...), pero al mismo tiempo han de desplegar una fuerza de integración social, imponiendo a los destinatarios obligaciones, lo que, partiendo de nuestros presupuestos, sólo es posible sobre la base de pretensiones normativas de validez reconocidas intersubjetivamente» (op. cit., p. 44). «Ahora, la validez jurídica de una norma —y ésta es su gracia— afirma que se garantizan *ambas cosas simultáneamente*: tanto la legalidad de la conducta en el sentido de un cumplimiento medio de la norma, que es impuesto, en caso de ser necesario, mediante sanciones, tanto como la legitimidad de la regla misma, que posibilita en todo momento un cumplimiento de la norma por respeto a la Ley» (op. cit., p. 49).

⁷⁰ LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren* (1983), pp. 28 y ss., 32 y ss.

do procedimiento⁷¹. Aunque la referencia al «procedimiento» subraya con razón el carácter procedimental de la legitimación material, no se tiene en cuenta que también la configuración del «sistema social procedimiento»⁷² depende de la identidad de la sociedad: la idiosincrasia de la sociedad no acepta cualquier procedimiento⁷³; en todo caso, la problemática de la legitimación del Derecho penal va más allá. Sin embargo, hay varias reflexiones —como ya se ha anticipado— que abogan en favor de separar conceptualmente la reconstrucción de la normatividad en el mundo social y la cuestión del orden legítimo, es decir, que hay varios elementos que hablan en favor de la determinación del concepto de normatividad propuesta por la teoría de los sistemas.

Ya tomando en cuenta meramente los fenómenos de poder y disenso no parece nada claro que la normatividad en el sentido de una categoría *sociológica* pueda fundamentarse por principio en la intersubjetividad del acuerdo, es decir, en una comunidad creada por consenso. Por el contrario, se plantea la cuestión de si realmente tal concepción de la norma puede aprehenderse todo aquello que es experimentado e interpretado en la sociedad como normatividad. Es en este punto en el que se percibe que HABERMAS determina la estructura del Derecho, a través de la fusión conceptual de normatividad y legitimidad, de modo unilateral a través de la configuración de las sociedades modernas, organizadas en Estado de Derecho y democracia. Esto, cuando menos, conduce a un estrechamiento epistemológico de la perspectiva y, con ello, a una desmaterialización en términos de teoría de la historia de su propuesta: el fenómeno de la normatividad se reduce al de la norma correcta en el sentido de la norma justificada.

Sin embargo, el elemento que probablemente resulte decisivo es que HABERMAS disuelve la normatividad en cuanto categoría *sociológica* a su vez en un contexto *normativo*, al reconducirla a procesos de comunicación. Y este contexto normativo en el que queda ubicado el sentido social de la normatividad en la construcción de HABERMAS, no es susceptible de una reconstrucción sociológica completa: la intersubjetividad, basada en una coordinación de acciones orientada a la comunicación, en la construcción de HABERMAS se refiere necesariamente a una serie de competencias de acción idealizadas de los sujetos intervinientes: pues para HABERMAS,

⁷¹ Cfr. la crítica a la teoría de los sistemas en HABERMAS, *Faktizität* (nota 59), pp. 66 y ss., 68 y ss., 72, 420 y ss., 427 y ss.

⁷² LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren* (nota 70), p. 38.

⁷³ Ejemplo: el duelo a vida o muerte, que también es un procedimiento, probablemente haya dejado de estar de moda como medio forense de averiguación de la verdad.

concretamente para el «ámbito moral práctico» se requiere una persona que actúe en caso de un conflicto de acción normativo «de modo racional, es decir, que ni ceda a sus afectos ni siga a los intereses inmediatos, sino intente enjuiciar el conflicto de modo ecuánime y concluirlo por medio del consenso»⁷⁴. En este elemento se insinúa hasta que punto la aproximación sociológica de HABERMAS se encuentra vinculada a categorías de la filosofía del sujeto; y ello a pesar de que HABERMAS ve con claridad los límites de la «filosofía de la consciencia»⁷⁵. El proyecto filosófico que marca la configuración de su punto de partida sociológico, es decir, la intención de desubstanciar la razón hasta convertirla en una «racionalidad del discurso» intersubjetiva, sólo se logra pagando el precio del mantenimiento del sujeto racional de la filosofía idealista; con ello, el presupuesto filosófico de la intersubjetividad de la acción comunicativa ha de obtenerse sociológicamente a cambio de exigencias prácticamente elitistas a las habilidades de los intervinientes. HABERMAS vincula toda posibilidad de orden social a la disposición del individuo, orientada hacia el acuerdo. Estas disposiciones de alto nivel en el sujeto son el fundamento de las «relaciones de reconocimiento», en las que según HABERMAS se abre la posibilidad de la formación de estructuras reflexivas de expectativas; en HABERMAS, son el verdadero fundamento de la normatividad⁷⁶.

2. *Teoría institucional del Derecho y función social del Derecho penal*

Pues bien: si se sigue en este punto la teoría de sistemas, que entiende consecuentemente los sistemas sociales como contextos de comunicación y la sociedad, por tanto, como el conjunto de todas las comunicaciones (y no —al modo de la filosofía del sujeto— como una *integración* de los individuos intervinientes), la normatividad queda por lo pronto desvinculada de toda referencia valorativa presupuesta axiomáticamente como necesaria. Las normas, en cuanto estructuras de expectativas, constituyen los horizontes que se necesitan para las interacciones sociales; el Derecho caracteriza con ello los límites del sistema social producidos mediante comunicación y determina así la configuración específica de dicho sistema: dentro de esos límites tiene lugar la sociedad (civil).

⁷⁴ HABERMAS, *Theorie*, t. I (nota 60), p. 39.

⁷⁵ *Op. cit.*, pp. 518 y ss.

⁷⁶ Cfr. de modo sintético MÜSSIG, *Schutz* (nota 8), pp. 122 y ss., 126 y ss.

No obstante, con la decisión en favor del planteamiento de la teoría de sistemas —a lo que me habré de atener por el momento— no se ha decidido todavía qué relevancia tienen los criterios de racionalidad y de legitimidad desarrollados por HABERMAS para la cuestión de la legitimación; sólo está dicho que la normatividad no debe ser conceptualmente equiparada con la cuestión relativa a la existencia de normas legítimas.

La determinación de la función social del Derecho penal se vincula inmediatamente a la definición del concepto de normatividad: la pena es una, aunque no necesariamente la única, posibilidad de reacción demostrativa a un acontecimiento que defrauda una expectativa. El Derecho penal sirve por lo tanto para la estabilización contrafáctica de expectativas de conducta relevantes para el conjunto de la sociedad: determina y formaliza las condiciones bajo las que el poder público queda habilitado para aplicar una sanción jurídico-penal como reacción necesariamente *definida* por la sociedad frente a un quebrantamiento de la norma. En pocas palabras, el cometido del Derecho penal consiste en garantía de la vigencia de la norma o, más brevemente, en garantía del Derecho.

En este punto se muestra que la determinación de la función social del Derecho penal partiendo de la base de un concepto de Derecho de inspiración sociológica conduce consecuentemente a la teoría de la prevención general positiva⁷⁷: esta teoría traza por tanto las coordenadas fundamentales para la dimensión práctico-social del Derecho penal.

La referencia estructural al sentido social de la normatividad pone por cierto de manifiesto al mismo tiempo la —limitada⁷⁸— perspectiva bajo la que se sitúa esta concepción; su punto de partida viene constituido por un supuesto de hecho de la teoría social tan fundamental como abstractamente reconstruido: la necesidad de estructuras en el sistema de la comunicación. Sin estructuras no se produce la comunicación y por tanto, sencillamente, no se da la sociedad; el sistema social se construye e identifica a través de estructuras. La fundamentación de esta concepción se deriva por tanto solamente de la necesidad del derecho en la sociedad, esto es, de su necesidad como estructura del sistema de comunicación sociedad. El Derecho penal garantiza —desde la perspectiva del conjunto de la sociedad— el Derecho como estructura de la socie-

⁷⁷ Cfr. al respecto JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2.^a ed., 1991), 1/1 ss.

⁷⁸ Respecto de la diferenciación en el planteamiento de la cuestión cfr. también PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko* (1993), pp. 201 y s.

dad y, con ello, la configuración fundamental de ésta; y desde la perspectiva individual garantiza las condiciones fundamentales de las interacciones sociales mismas: el modelo fundamental de orientación para la configuración de los contactos sociales. Esta concepción contiene un momento preventivo sólo en la medida en que la existencia misma de estructuras actualiza la dimensión social de la comunicación y, con ello, la del propio sistema social; en consecuencia la confirmación demostrativa de las estructuras existentes remite hacia el futuro⁷⁹.

Sobre esta base no es posible ciertamente realizar afirmaciones sobre el contenido o la configuración concretos del Derecho penal. En esa medida, la definición de su misión es formal, es decir, la teoría de la prevención general positiva es una *concepción positivista*: da como presupuestos el Derecho y la configuración de la sociedad en el sentido de que sólo éstos determinan el contenido y el alcance del Derecho penal. La problemática de su justificación, a la que apuntan también las doctrinas del bien jurídico en sus variedades críticas hacia el sistema, excede del marco de una concepción puramente formal: se trata allí de la cuestión de si está justificado un tipo penal concreto; más exactamente, se trata de qué norma de conducta debe ser garantizada en su vigencia para el conjunto de la sociedad y por qué.

3. Cambio de perspectiva para la cuestión de la legitimación jurídico-penal: del empleo de bienes a la definición de la configuración de la sociedad

Si se formula la cuestión en este sentido, se perfila un cambio de perspectiva decisivo para la comprensión de las doctrinas del bien jurídico: el significado social del injusto jurídico-penal no se puede captar

⁷⁹ Cfr. JAKOBS, AT 1/14. A causa de este entendimiento sólo mediato —esto es, a través de la garantía de las estructuras sociales— de la prevención, la teoría de la prevención general positiva se diferencia fundamentalmente en un punto decisivo de aquellas teorías de la prevención que se remiten a modelos de directa conducción o regulación de comportamientos (cfr. al respecto KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht* [1985], pp. 214 y 230 y ss.). En relación con ello afirma PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko* (nota 78), p. 228, que se trataría «más de aseguramiento simbólico que de prevención manifiesta»; por cierto que PRITTWITZ (adhiriéndose a BOCK, ZStW 103 [1991], p. 636 [652 y s.]) interpreta erróneamente esta mediación simbólica como «engaño de los miembros de la comunidad jurídica» (p. 235); no hay razón para ello: la confirmación simbólica es la realidad de la estructura social de cuya confirmación se trata.

completamente con la vista puesta sólo en una externa «lesión del bien jurídico», sino que ha de ser entendido más bien en su sentido original de quebrantamiento de la norma. Lo decisivo no es el ataque externo, accesible a los sentidos, a un bien jurídico, sino el significado comunicativo de la conducta: para el sistema de comunicación sociedad, el acontecimiento que representa un quebrantamiento de la norma transgrede los límites de sentido establecidos por las estructuras de expectativas y tiene por tanto el significado de un contraproyecto respecto del modelo de orientación contenido en la norma. La configuración concreta del sistema de comunicación es puesta en cuestión y la autocomprensión de la sociedad, que se halla representada en las estructuras normativas⁸⁰, resulta afectada en la concreta situación⁸¹. La problemática de la legitimación del Derecho penal, es decir, la cuestión acerca del ordenamiento jurídico-penal legítimo es una cuestión inmediatamente referida a la configuración de la sociedad; se trata de la definición de la concreta configuración de una sociedad que ha de ser garantizada con los medios estatales más incisivos.

La doctrina del bien jurídico no capta sin embargo esta conexión constitutiva que media entre Derecho y configuración concreta de la sociedad; más bien amenaza cortar por principio tal conexión al vincular la problemática de la legitimación a las consecuencias externas de una conducta, esto es, a modificaciones en el conjunto de los bienes. No es sólo que se acorte la perspectiva de conflicto relevante para el Derecho penal si éste queda reducido en su función social a una pura «mecánica de protección de bienes» o si se identifican los principios de la administración o la utilización de los bienes con los principios de la Política criminal; es que la doctrina del bien jurídico yerra el plano que tienen genuinamente en común Derecho y sociedad: el plano comunicativo. Frente a ello, la sociedad queda atomizada por la doctrina del bien jurídico en colecciones de bienes. Bajo una perspectiva de administración de bienes se oscurece que el Derecho hace referencia primariamente a interacciones sociales, ello significa que esta interpretación reduce a la mitad el horizonte social ante el que se en-

⁸⁰ Descripciones gráficas como éstas encierran ciertamente el peligro de sustancializar la relación entre Derecho (penal) y sociedad. MÜLLER-TUCKFELD (*Integrationsprävention* [1998], pp. 249 y ss., 344 y ss. y 357 y ss.) llama la atención en este contexto —adhiriéndose a la «Filosofía de la praxis» de GRAMSCI— sobre la función hegemonal del Derecho (penal); con ello podría quedar captada con una claridad suficiente la perspectiva estructural-conflictualista.

⁸¹ Expresado en la terminología de la teoría de sistemas: el injusto jurídico-penal afecta a las condiciones autorreferenciales de constitución del sistema de comunicación sociedad.

cuentra el Derecho en su conjunto y, más allá de esto, introduce en contradicciones la comprensión del Derecho penal: sobre esta base no se puede establecer la fundamental diferencia que existe entre una medida preventiva de policía y la reacción jurídico-penal⁸².

Se han de buscar los criterios de legitimación, por tanto, en el plano comunicativo que es constitutivo para la sociedad y el Derecho penal y tales criterios tienen que representar la conexión entre el derecho y la configuración de la sociedad. En pocas palabras, se trata de una *reformulación institucional* de la problemática de la legitimación jurídico-penal⁸³.

a) Función social de la norma de conducta como criterio de legitimación

La legitimación material de las normas jurídico-penales particulares es un cuestionamiento crítico del sistema del Derecho penal desde una

⁸² Cfr. WELZEL, *Lehrbuch*, I I 1, p. 3. De diferentes modos ya se ha indicado muchas veces que tanto el carácter fragmentario y puntual de la definición del ámbito jurídico-penal como el hecho de que se trate en él de una reacción formalizada sólo se puede conciliar a duras penas con un modelo de protección eficiente y preventiva de bienes jurídicos (cfr. JAKOBS, *AT*, 2/4, con referencia al «cementerio de bienes jurídicos»). En esta discrepancia se hace también patente que no es posible identificar *per se* el modelo de la protección preventiva de bienes jurídicos con la encarnación de ideas liberales o, al menos, formalmente liberales. Más bien sucede que una realización del modelo hasta sus potenciales consecuencias muestra inequívocos rasgos iliberales, es decir, que las restricciones liberales del ámbito de definición del derecho penal no son aspectos genuinos del modelo de protección de bienes jurídicos, sino que tienen que ser importadas desde el exterior del mismo. El hecho de que, sin embargo, se considere predominantemente la doctrina del bien jurídico como parte del ideario del liberalismo se debe probablemente a que —como ya se hace diáfano en el propio concepto de bien jurídico— la propiedad constituye el modelo social básico o el punto de partida común de las más diversas teorías del bien jurídico (al respecto AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* [nota 13], p. 71 s.; en cuanto a las raíces de teoría del Estado cfr. LOCKE, *Über die Regierung*, 2.^a parte, V; VIII, 95; y IX, 123 ss.).

⁸³ La reformulación propuesta afecta sólo —y esto tiene que ser subrayado— a las variantes críticas, de inspiración político-criminal, de las doctrinas del bien jurídico. La justificación de las variantes inmanentes al sistema, esto es, de las doctrinas del bien jurídico de orientación dogmático-hermenéutica, no se debe poner aquí en cuestión (acerca de esta diferenciación HASSEMER, *Theorie* [nota 10], p. 23 s.). Estas últimas incardinan únicamente en el plano dogmático el concepto de bien jurídico en cuanto concepto de orden metódico; en esa medida se trata de una «síntesis práctico-metódica» (HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten I* [1919], pp. 91 y ss. y 94), que representa la función social de la norma de conducta jurídico-penalmente garantizada. Con RUDOLPHI (*Systematischer Kommentar zum StGB* [situación de mayo de 1998], n. 8 antes del § 1) se podría entender tal concepto metódico de bien jurídico como unidad de función (cfr. al respecto MÜSSIG, *Schutz* [nota 8], pp. 9, 138 y ss. y 174 y s.).

perspectiva social de conjunto; la determinación del contenido de tales normas refleja la identidad y la configuración de la sociedad. El punto de partida de la legitimación material es por tanto, en primer término, la norma de conducta misma. Ésta ha de ser considerada como parte integrante de la configuración de la sociedad; ello quiere decir que en primer lugar se ha de mostrar el contexto social que configura la norma⁸⁴. Por este motivo se propone aquí plantear los criterios de la legitimación jurídico-penal sobre una base sociológica: el criterio es la *función social* de una norma de conducta.

En relación con ello se debe tener en cuenta que la determinación sociológica de la función de una norma es por lo pronto un proceso de información, esto es, una forma específica de la observación de los sistemas sociales⁸⁵: la norma de conducta jurídico-penalmente garantizada es concebida como un sector —mutable— de la configuración de la sociedad y se describen las consecuencias de la concreta definición de dicha configuración⁸⁶.

Se trata de la reconstrucción del mundo social bajo una perspectiva especial, scil. la de la norma como estructura de expectativas jurídico-penalmente garantizada; la definición sociológica de la función coincide por lo pronto por tanto con la cuestión relativa a la posibilidad y configuración de los contactos sociales bajo esta especial perspectiva. Más allá de esto quedan también teóricamente esclarecidas las referencias y repercusiones sobre otras estructuras e instituciones sociales, esto es, los diferentes sistemas de referencias que son relevantes para esta perspectiva; se muestran así los demás contextos de configuración de una norma⁸⁷. Las funciones no han de ser entendidas primariamente en el sentido de

⁸⁴ Esto significa por lo pronto que no basta como base para la legitimación material un enfoque de análisis del lenguaje exclusivamente: en su forma lingüística la propia norma social de conducta es otra vez una fórmula de integración que expresa un complejo de expectativas de conducta que han de ser concretadas; éste es el trasfondo institucional de la problemática de la legitimación.

⁸⁵ LUHMANN, *Soziale Systeme* (nota 60), pp. 83 y s.

⁸⁶ Así la sanción jurídico-penal de la contaminación de las aguas, por ejemplo, tiene diferentes efectos sobre los bañistas, las economías privadas, la administración pública y la industria; cfr. al respecto también MÜSSIG, *Schutz* (nota 8), pp. 222 ss.

⁸⁷ Ejemplo: en los delitos contra la propiedad, esto es, aquellos tipos penales de protección de estados de cosas cuyo objeto material es descrito por la ley con la expresión «cosa ajena», se trata de la garantía jurídico-penal de la institución propiedad —aunque sólo contra determinados ataques delictivos. Esta institución puede ser descrita como «garantía de un estado de cosas para el fin de la libre autodeterminación y autorrealización», esto es (con, B.M.) la garantía de los medios objetivos de desarrollo subjetivo (RHEINECK, *Zueignungsdelikte*, p. 131, remitiéndose a ORTO, *Struktur*, pp. 69 y s. y 80 y ss.); ciertamente se puede definir también como instrumento de autoconducción o como

prestaciones producidas por un sistema⁸⁸, sino que son más bien atribuciones desde la perspectiva del observador, con inclusión de la autoobservación en el sistema⁸⁹. El análisis funcional de una norma puede ser entendido como «construcción del problema», como modelo sociológico; en relación con ello, las funciones constituyen síntesis abstractas de una pluralidad de posibilidades⁹⁰.

b) Criterios de identidad de la sociedad como patrón de referencia de la problemática de la legitimación jurídico-penal

La determinación de la función social de una norma es en primer término sólo la descripción de la configuración de la sociedad; o de forma más precisa: el entendimiento de la norma como una parte determinada, delimitada en su contenido, de la concreta configuración de la sociedad. Con ello no está dada aún la respuesta a la cuestión de si es deseable o debe ser garantizada jurídico-penalmente una sociedad con tal configuración. Pero precisamente ésta es la cuestión de la legitimación material de los tipos penales; ello quiere decir que la problemática de la legitimación jurídico-penal va más allá de un mero análisis funcional. El análisis funcional es incapaz de expresar nada en tanto que no se indiquen cuáles son los patrones de referencia de dicho análisis: los *criterios de identidad de la concreta sociedad* de que se trate. Estos criterios de la fundamental —aunque no monolítica— autodescripción de la sociedad en los procesos de la opinión pública constituyen el marco estructural en el que se ha de tratar la problemática de la legitimación; y determinan simultáneamente tam-

«código fundamental del sistema económico» (LUHMANN, *Die Wirtschaft der Gesellschaft* [1994], pp. 187 y ss.). En consecuencia, la función social de la institución y, con ello, el contexto de configuración de las normas de conducta jurídico-penalmente garantizadas pueden ser referidos tanto a la esfera del individuo como al sistema Economía, en cuanto sistema parcial diferenciado de la sociedad. Según qué perspectiva se dé por supuesta resultan diferentes consecuencias en la definición del ámbito de lo injusto.

⁸⁸ Así, sin embargo, HASSEMER, en: *NK*, n. 244 antes del § 1.

⁸⁹ LUHMANN, *Soziale Systeme* (nota 60), p. 406.

⁹⁰ Cfr. sobre ello LUHMANN (funciones como «esquemas regulativos de sentido»), *Funktion*, en: *Soziologische Aufklärung I* (1970), p. 9 (14). Tampoco se trata de una identificación naturalística de condiciones de subsistencia del sistema y funciones (así sin embargo el punto de partida de AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 13), pp. 358 y ss. y *passim*). Aparte de que faltan coordenadas, comparables a la Biología, que permitan hablar de la «vida» de un sistema social, un punto de vista semejante desconoce la constitución autorreferencial de los sistemas sociales y, con ello, el planteamiento y la metodología del análisis funcional: condición de subsistencia de un sistema de comunicación es ya en general que existan estructuras; pero con ello no se ha dicho aún nada sobre la configuración de ese sistema de comunicación.

bién la configuración del propio proceso de legitimación. Son los criterios de racionalidad de la cuestión de la legitimación y de la política criminal y constituyen por tanto el patrón básico de la perspectiva de legitimación y de conflicto que resulta relevante para el Derecho penal.

Los criterios materiales de identidad mismos no están ya previamente dados; son el resultado de las, generalmente controvertidas, autodescripciones de la sociedad en cada uno de sus diferenciados subsistemas y en los diversos procesos de las cuestiones públicas⁹¹. — Para la problemática de la legitimación jurídico-penal de ello resulta una perspectiva especial: la cuestión de la legitimación material de los tipos penales es parte integrante de la teoría reflexiva del sistema *jurídico*, es decir, que los criterios de legitimación son reconstruidos desde la perspectiva de dicho sistema. Con ello los principios constitucionales —sean o no escritos, estén ya institucionalizados o meramente postulados— adquieren, como autodescripción juridificada de la sociedad⁹²— una destacada importancia. Estos principios constitucionales constituyen un patrón básico decisivo al que se tiene que referir el establecimiento de la perspectiva de conflicto y de definición jurídico-penalmente relevante. El marco normativo institucionalizado por la Constitución, por cierto, no tiene sólo importancia para la legitimación de normas jurídico-penales concretas, sino que conforma al mismo tiempo la imagen de toda la Administración de Justicia en materia penal⁹³.

En resumen, se puede describir la legitimación de normas penales como un proceso en el que se refleja la función social de la norma de conducta penalmente garantizada ante el trasfondo de los criterios de identidad de la sociedad.

La forma en que se presenta este proceso depende por otra parte de la concreta configuración de la sociedad: la legitimación del Derecho

⁹¹ No existe por tanto *una* autodescripción de la sociedad, sino varias que derivan de las correspondientes perspectivas de cada uno de los subsistemas sociales: la autodescripción de la sociedad desde la perspectiva del subsistema económico (sociedad como un conjunto de diferentes mercados, economías familiares, etc.) será una autodescripción distinta que, por ejemplo, la que corresponda al sistema político (sociedad como una determinada constitución política, conjunto de diversos centros de decisión, etc.); ello es así, en todo caso, si ambos sistemas están suficientemente diferenciados.

⁹² HABERMAS, *Faktizität* (nota 59), pp. 309 y ss., 312 y 316, indica que con la institucionalización de una *ley* constitucional se rebasan los límites de la constitución meramente simbólica, por ejemplo en el sentido de un poco definido orden de valores, y se alcanza el ámbito de los principios jurídicos.

⁹³ Desde esta perspectiva parece razonable efectuar dentro del proceso de la legitimación material una ulterior diferenciación, esto es, conceder a la *determinación del merecimiento de la pena* un peso específico en el marco de la legitimación material de normas penales.; cfr. al respecto MÜSSIG, *Schutz* (nota 8), pp. 168 y ss.

penal no llega más lejos que la del Estado; aquélla es más bien un aspecto de esta última problemática.

La reformulación institucional de la problemática de la legitimación jurídico-penal que aquí se propone y, en especial, la propuesta de tomar la función social de una norma de conducta como criterio de legitimación derivado de las ciencias sociales, puede incurrir rápidamente en la sospecha de sacrificar la pretensión liberal de una política criminal humana a imperativos sistémicos. Esta sospecha se basa en última instancia en el supuesto carácter liberal, históricamente no fundamentado sin embargo, que tendría en exclusiva el modelo de la protección de bienes jurídicos a través del Derecho penal⁹⁴; precisamente en la discusión sobre la doctrina del bien jurídico en la Alemania de los años treinta los defensores de tal doctrina al postular un «Derecho penal de la puesta en peligro» (*sic*) apelaron a que el dogma del bien jurídico no se oponía de ningún modo a la transformación del Derecho penal en el sentido del nefasto espíritu del tiempo (o, más bien, la falta de espíritu) que dominaba entonces en Alemania, sino que, más bien, la consecuente ejecución de un Derecho penal de protección de bienes tendría que desembocar en el Derecho penal de la voluntad de los nacionalsocialistas⁹⁵. Propiamente no debería considerarse necesaria esta referencia para demostrar que la protección de bienes jurídicos en el sentido de una consecuente tutela sin lagunas porta en sí misma rasgos potencialmente totalitarios, ya que ello es sin más evidente. Lo decisivo es que también en la discusión sobre la política criminal actual existe el peligro de que los requerimientos de la doctrina del bien jurídico degeneren en un placebo liberal; un placebo que cierra el paso a la dimensión decisiva de la problemática de la legitimación jurídico-penal: se trata de la configuración de la sociedad y de las esferas socialmente garantizadas del sujeto.

4. *¿Una doctrina personal del bien jurídico?*

a) **Bienes jurídicos universales e individuales**

Sobre esta base se han de enjuiciar finalmente la crítica y los principios de la «doctrina personal del bien jurídico». En este contexto —más

⁹⁴ Ampliamente sobre la evolución histórica e ideológica de las doctrinas del bien jurídico AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 13).

⁹⁵ KLEE, *Zum kommenden deutschen Strafrecht*, DJZ 1934, columnas 1303 y ss.

allá de la discusión sobre los fundamentos de la doctrina del bien jurídico— solamente puede tratarse de la cuestión de si la «doctrina personal del bien jurídico» facilita la introducción de perspectivas que se muestran también como decisivas para la reformulación institucional de la problemática de la legitimación jurídico-penal.

Característico de la «doctrina personal del bien jurídico» es la casi unánime crítica a «una “modernización” del Derecho penal en el sentido de su adaptación a la evolución de la sociedad, al cambio social»⁹⁶ y al predominio, vinculado a tal «modernización», de los bienes jurídicos universales en la «más reciente política criminal».

A estas tendencias se opone una dirección «personal» que fue ya propuesta por M. MARX⁹⁷ y que ha sido reavivada por HASSEMER⁹⁸: conforme a ella, el punto de referencia fundamental y exclusivo para la constitución del bien jurídico ha de ser el individuo, la persona individual como titular de bienes jurídicos, al que deben servir el Estado y el Derecho⁹⁹. Los bienes jurídicos son entendidos a partir de la persona y los bienes jurídicos universales como derivados de aquéllos, como bienes que, en consecuencia, sólo se tienen por legítimos en la medida en que sirvan al desarrollo personal del individuo (de forma monístico-personal)¹⁰⁰.

Una diferenciación de principio según quién sea el titular del bien jurídico, esto es, «una diferenciación dualista entre bien jurídico individual y bien jurídico universal»¹⁰¹ recibe en la doctrina personal del bien jurídico un inequívoco rechazo; sin embargo tampoco para ella es sin más obsoleta la categoría del bien jurídico universal. La diferenciación de bienes jurídicos individuales y universales conserva una importancia específica para la jerarquización de bienes jurídicos: «la teoría monístico-personal (...), que entiende los bienes jurídicos universales como concebidos a partir de los individuales y como derivados y conducidos por éstos, consecuentemente tiene que subordinar aquéllos a los bienes jurídicos individuales»¹⁰². «Si se condiciona la admisión de bienes jurídicos a intereses personales, se ha dado por supuesta una relación jerár-

⁹⁶ Cfr. HASSEMER, en: *NK*, n. 274 antes del ? 1; igualmente HERZOG, *Unsicherheit* (nota 3), pp. 34 y 128 s.; y HOHMANN, *Rechtsgut* (nota 3), p. 64.

⁹⁷ MARX, M., *Definition* (nota 44).

⁹⁸ HASSEMER, *Arthur Kaufmann-FS*, pp. 85 y ss.; análogamente en la orientación ROXIN, *AT I*, § 2 IV, n. 9.

⁹⁹ MARX, *Definition* (nota 44), pp. 25 y ss., 38 y ss. y 40.

¹⁰⁰ HOHMANN, *Rechtsgut* (nota 3), p. 61.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 59.

¹⁰² *Ibidem*, p. 63.

quica: los bienes jurídicos de la generalidad se tienen que legitimar de un modo especial y su protección penal queda sometida a especiales mandatos de moderación»¹⁰³.

Trasfondo de esta jerarquización de bienes jurídicos es el peligro que se atribuye al Derecho penal moderno de que se produzca una disolución «tecnológico-social» del sujeto; la constitución de bienes jurídicos universales supondría la amenaza de una funcionalización estatista de los intereses personales¹⁰⁴.

Desde una perspectiva *inmanente* a la teoría —esto es, también desde la base de la doctrina del bien jurídico— hay que señalar por lo pronto dos peligros que podrían conducir a que se extingan sin tener resonancia alguna las intenciones críticas de una doctrina personal del bien jurídico. Por una parte, las concepciones individualistas del bien jurídico corren el peligro de agotarse solamente en un infructuoso cambio de perspectiva: cualquier bien jurídico universal se puede interpretar, en el correspondiente nivel de abstracción, en un sentido personal y, por tanto, como «personal-funcional»¹⁰⁵; todo lo que pasa en la sociedad se ha de referir en sus causas y sus efectos a individuos concretos. Este dilema de la relación siempre susceptible de mediación y por tanto en principio carente de contornos se manifiesta cuando se declara al Estado «como garante de la autorrealización de la persona (y en esa medida [B. M.] como valioso para cada individuo en particular», como «bien conforme a nuestra anterior (e individualista [B. M.] definición»¹⁰⁶. — La problemática de la definición social del sujeto, la cuestión relativa a los criterios materiales de esta definición, es más bien ideológicamente acallada de este modo que adecuadamente planteada.

¹⁰³ HASSEMER, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 85 (92).

¹⁰⁴ HASSEMER en *NK*, n. 275 antes del § 1.

¹⁰⁵ Las discusiones en torno a la definición del bien jurídico del § 324 StGB («contaminación de aguas»; cfr. al respecto MÜSSIG, *Schutz* [nota 8], pp. 16 y ss. y 222 y ss.) muestran por ejemplo que los tipos penales dispuestos para la protección de los llamados bienes jurídicos universales se pueden reinterpretar directamente como tipos destinados a la protección de bienes individuales (de la «pureza de las aguas» como bien ecológico colectivo a la protección —abstracta— de integridad corporal, vida y salud). También se vuelve problemática la relación medial en la que se encuentra el «bien jurídico individual» con el objeto regulado. Es evidente que la definición de tal relación sólo puede ser una definición absolutamente diluida o abstracta a la vista de las complejas relaciones funcionales que tienen lugar en ámbitos muy amplios de la sociedad moderna, de modo que un criterio personal-funcional pierde aquí de forma bastante patente su precisión o su contenido —si es que no se determina ya o se interrumpe arbitrariamente esta relación medial.

¹⁰⁶ MARX, *Definition* (nota 44), p. 79.

Por otra parte —y éste es un peligro ulterior— las orientaciones «personal-funcionales» amenazan socavar la distinción entre valoración personal y el establecimiento de garantías públicas en favor de un bien. Con ello pierden la perspectiva decisiva para la doctrina del bien jurídico: la determinación de la función de protección jurídico-penal está, incluso si se entiende la sociedad como una sociedad individualista, socialmente mediada y referida a la sociedad; en consecuencia, la determinación del bien jurídico está igualmente mediada por la sociedad o, más precisamente, se produce fundamentalmente desde una perspectiva pública.

b) ¿Funcionalización de intereses personales?

Ciertamente no puede despacharse la doctrina personal del bien jurídico con estas —superficiales— objeciones. Es preciso, más bien, dilucidar las intenciones sistemáticas, en particular la crítica de los bienes jurídicos universales, sobre el trasfondo de una teoría institucional del Derecho. ¿Qué distingue los tipos penales que —en la perspectiva dogmática habitual— sirven a la protección de bienes jurídicos universales de otros tipos penales establecidos en favor de bienes jurídicos individuales?

Aquí se muestra que la legitimación de tipos penales orientados a la protección de los llamados bienes jurídicos universales se vincula a su vez a la función social de complejos sistemas sociales o instituciones: las normas de conducta jurídicamente positivadas, en cuanto estructura de la sociedad que son, no se refieren sólo a relaciones directas de interacción, esto es, no sirven únicamente como pauta de orientación para la configuración general de contactos sociales directos; las expectativas de conducta se pueden referir también simultáneamente al establecimiento de instituciones o a la conformación de sistemas parciales complejos de la sociedad. Tales expectativas de conducta reciben su específico sentido a través de estas conexiones sociales temáticamente diferenciadas o, en parte, globales¹⁰⁷. Éste es el ámbito que

¹⁰⁷ Ejemplo: según el § 331, párrafo 1.º StGB resulta punible por cohecho quien concede a un funcionario público una ventaja por la realización futura de una acción propia de su cargo sometida a su discrecionalidad. Es irrelevante si la realización de tal acción es conforme a su deber o, por el contrario, antijurídica (SK-RUDOLPHI, § 331, n. 4). Normalmente es jurídicamente indiferente que alguien reciba una ventaja por la realización de una acción conforme a Derecho —en el marco de los contratos de servicios privados se espera más bien una retribución semejante. Sólo por referencia a la institución de la Administración pública adquiere otro sentido o es interpretada de

según la concepción dogmática al uso se asigna a los llamados bienes jurídicos universales.

La determinación de la función de las normas de conducta correspondientes no es, por cierto, menos concreta, esto es, menos fundada que, por ejemplo, en el caso de normas de conducta que se refieren solamente a la configuración de relaciones de interacción directa. Se trata aquí de la configuración concreta de la sociedad y, ciertamente, de la configuración de una sociedad compleja y diferenciada. La supuesta abstracción de la referencia se explica más bien a partir de una determinada perspectiva de interpretación: una perspectiva que refiere fundamental y exclusivamente a sistemas de interacción directa. Desde la perspectiva de referencias directas de interacción, la legitimación de los tipos penales correspondientes no sólo puede parecer como abstractamente concebida, sino que, más allá de esto, puede ser percibida como funcionalista. Éste parece ser el substrato de los temores de una doctrina del bien jurídico «personalmente» orientada.

Sobre la base de una doctrina institucional del Derecho se puede captar con mayor precisión la problemática de una, hasta ahora sólo vagamente descrita, «funcionalización de intereses personales»: se trata de la *artificialidad de la perspectiva de conflicto* bajo la que se encuentran los tipos penales correspondientes.

El Derecho como estructura de la sociedad se constituye y desarrolla fundamentalmente a través de una perspectiva de conflicto, esto es, el conflicto es el substrato social que conduce o estimula la generalización congruente de expectativas de conducta. Esto no rige tan sólo para la proyección individual de la norma, cuya aceptación social y, con ello, cuya capacidad de generalización se pone a prueba en el caso de conflicto, sino que vale también en principio para la génesis de la norma en general.

El hecho de que sólo raramente se ponga en cuestión la plausibilidad de expectativas de conducta que se refieren a la configuración de contactos sociales directos descansa por tanto en que se presume la existencia de temas de conflicto que hacen intuitivamente comprensible y plausible la necesidad de pautas vinculantes de orientación. Esta relación «natural» no vale, sin embargo, para expectativas de conducta cuya función social se refiere ante todo a la formación y configuración de sistemas sociales más complejos. Los temas de conflicto implicados

otro modo una conducta, por lo demás usual y socialmente adecuada. Este contexto determina también la función social de la norma de conducta jurídico-penalmente garantizada (cfr. al respecto Loos, *Welzel-FS*, p. 879 (889) y *SK-RUDOLPHI*, § 331, n. 4).

por estas expectativas de conducta aparecen en el caso dudoso «sólo como un artefacto de poder políticamente regulado para una decisión obligatoria (...) y no como restricción satisfactoria de las propias expectativas»¹⁰⁸. No comparten por tanto la evidencia que tienen las expectativas de conducta referidas a la interacción sino que acceden a la conciencia como prohibiciones y mandatos de dirección de conductas cuya configuración se presenta como contingente o incluso como arbitraria. Bajo esta perspectiva, las correspondientes regulaciones se perciben solamente como conflictos producidos de forma «positivista» como por encanto, cuya regulación jurídico-penal no toma en cuenta, si es que no socava incluso, intereses personales.

Ciertamente, si se quisiera reducir la garantía jurídico-penal de forma consecuente a aquellas expectativas de conducta cuya función social afecta únicamente a la conformación general de contactos sociales directos —al conflicto inmediato, cara a cara—, esto conduciría en última instancia a un desacoplamiento de la garantía jurídico-penal respecto de la configuración de la sociedad: el derecho penal garantizaría con ello en una sociedad de la modernidad la configuración de una sociedad premoderna¹⁰⁹.

Contra tal radical reducción de la perspectiva jurídico-penal, como ha sido en parte propuesta por representantes de la doctrina “personal” del bien jurídico¹¹⁰, se han de formular especialmente dos objeciones: con una perspectiva semejante se recorta, por una parte, la cuestión relativa a los criterios materiales de la definición social del sujeto; y, por otra, se ciega la fundamental conexión entre la configuración de las sociedades modernas y la constitución social del individuo como sujeto personal.

La cuestión de la definición social del sujeto quedaría recortada en la medida en que las esferas del individuo en la sociedad moderna no son perfiladas únicamente mediante interacciones directas, sino que se defi-

¹⁰⁸ Cfr. LUHMANN, *Rechtstheorie* 14 (1983), 129 (149) con referencia a la prohibición del consumo y del tráfico de estupefacientes.

¹⁰⁹ Conforme a este criterio sería jurídico-penalmente irrelevante la implantación de un «virus» en un equipo informático que tuviese como consecuencia la pérdida (eventualmente millonaria) de todo el software (cfr. sin embargo los §§ 303a y 303b StGB), mientras que una «pintada» del ordenador mismo con pintura (indeleble) podría ser penalmente relevante en cuanto daños sobre las cosas o sobre la propiedad (§ 303 StGB).

¹¹⁰ Cfr. respecto de las restricciones NK-HASSEMER, nn. 274 y ss. antes del § 1. Esta es, por cierto, la perspectiva que parece adoptar HERZOG (resumidamente en *Unsicherheit* [nota 3], pp. 70 y ss.), cuando, apelando a un concepto de Derecho de inspiración hegeliana, quiere restringir el contenido legítimo del Derecho penal a «afirmar (las) normas fundamentales del reconocimiento interpersonal» (*ibidem*, p. 73).

nen también por complejos sistemas sociales. No basta por tanto determinar las esferas del sujeto a través de bienes «clásicos, altamente personales» como «vida», «salud» e «integridad corporal»¹¹¹ o disolver éstos en «concretas relaciones de confianza»¹¹²; para la constitución del sujeto en una sociedad moderna importa también delimitar las esferas del individuo precisamente frente a sistemas sociales complejos y su poder de definición¹¹³ o garantizar penalmente posibilidades de participación¹¹⁴.

Decisivo es, sin embargo —y ésta sería la segunda objeción—, que una reducción semejante de la perspectiva jurídico-penal ciega la fundamental conexión entre la evolución de la modernidad social y la constitución social del individuo como persona autoconsciente: la forma en que se presentan las sociedades modernas constituye el substrato necesario que posibilita que sea plausible y, con ello, comunicable una semántica del sujeto en la sociedad; sólo la fragmentación o, dicho con mayor precisión, la diferenciación de sistemas sociales complejos y el desarrollo de nuevas estructuras económicas despertó la autodescripción social para la diferenciación de individuo como identidad autoconsciente, de un lado, y socialidad, del otro.

Así, por ejemplo, en la época de la Ilustración la secularización del Derecho natural y el giro hacia una imagen del hombre «empíricamente» fundada —el comienzo de una semántica social *del sujeto*— fueron acompañados de una fragmentación confesional de la autodescripción desde la religión cristiana de la sociedad medieval que, constituyendo en esa medida un precedente de la modernidad social, anunciaba el fin de la hegemonía de la Iglesia en la sociedad; la imagen monolítica de la sociedad comenzó así a derrumbarse¹¹⁵. «El hombre hizo su aparición como individuo cuando la sociedad comenzó a perder su fuerza de cohesión y aquél percibió la diferencia entre su vida y la aparentemente eterna colectividad»¹¹⁶.

¹¹¹ HOHMANN, *Rechtsgut* (nota 3), pp. 194 y ss., en relación con la determinación del bien jurídico de los delitos contra el medio ambiente.

¹¹² HERZOG, *Unsicherheit* (nota 3), pp. 116 y ss.

¹¹³ Por ejemplo: ¿en qué medida se garantiza penalmente el Derecho a una auto-determinación informativa también como límite infranqueable para las burocracias administrativas estatales? (§§ 203 y s. StGB y §§ 43 y s. de la Ley Federal de Protección de Datos).

¹¹⁴ Ejemplo: protección penal contra la coacción (§ 108 StGB) y el engaño (§ 108a StGB) de electores.

¹¹⁵ Cfr. al respecto ELIAS, *Probleme des Selbstbewusstseins und der Menschenbilder*, en ÍDEM, *Die Gesellschaft der Individuen* (1991), pp. 99 y ss. (135 y s.); y WELZEL, *Naturrecht* (nota 19), pp. 108 y ss.

¹¹⁶ HORKHEIMER, *Aufstieg und Fall des Individuums*, en ÍDEM, *Zur Kritik der instrumentalen Vernunft* (1985), p. 124 (131).

Desde una perspectiva social la relación entre la modernidad social y el desarrollo de una semántica del sujeto es de carácter recíproco: con la estructuración de una sociedad diferenciada, compleja, se garantizan simultáneamente también las condiciones de la individualización y, en un sentido inverso, una sociedad semejante tiene la individualidad como presupuesto; éste es, en todo caso, el hallazgo fundamental de la teoría de sistemas¹¹⁷.

Bajo el término filosófico-paradójico de «dialéctica negativa»¹¹⁸, sin embargo, los teóricos de la «Escuela de Frankfurt» opusieron a esta posición, teniendo en cuenta las experiencias históricas del siglo xx, la imagen de la «totalización de la razón instrumental»¹¹⁹. Desde el punto de vista de estos autores, la sumisión del ser humano bajo la fuerza de las circunstancias del mundo moderno, dicho con más exactitud: de una civilización técnico-científica, conduce a que el sujeto quede bajo el dictado de una racionalidad instrumental que alcanza rasgos totalitarios¹²⁰; la individualidad se encuentra «plenamente oprimida o absorbida» por la «moderna superorganización, que en el fondo hace degenerar al individuo hasta convertirlo en una mera célula de reacción funcional»¹²¹. Este análisis parece constituir también el trasfondo de la crítica de una «funcionalización de intereses personales» por parte de la «teoría personal del bien jurídico»¹²².

Ahora bien, lo cierto es que los teóricos de la «escuela de Frankfurt» no dejaban de ser conscientes de la relación fundamental entre la diferenciación social, la modernidad social, y la constitución social del individuo; por el contrario: desenmascaron la fundamentación del individuo en una identidad directa, previa a la sociedad, como ideología: «El individuo (...) sólo es *real* en el contexto del todo al que pertenece»¹²³. En consecuencia, para

¹¹⁷ Sin embargo cfr. también al respecto ADORNO, *Minima moralia* (1951), p. 10: «En la sociedad individualista no sólo se realiza sin embargo lo general por medio de la actuación conjunta de los individuos, sino que la sociedad es esencialmente la sustancia del individuo».

¹¹⁸ ADORNO, *Negative Dialektik*, 6.ª edición, 1990, pp. 9 y s. (prólogo).

¹¹⁹ Respecto de este concepto, cfr. HORKHEIMER, «Mittel und Zwecke», en: ÍDEM, *Kritik* (nota 116), p. 15 (29 y ss.); ÍDEM, «Revolte der Natur», loc. cit., p. 93 (96).

¹²⁰ ADORNO, *Dialektik* (nota 118), pp. 31 y ss., 34 y s.; HORKHEIMER, «Revolte der Natur», en: ÍDEM, *Kritik* (nota 116), pp. 93 y ss. (96).

¹²¹ HORKHEIMER, «Aufstieg und Niedergang des Individuums», en: ÍDEM, *Kritik* (nota 116), p. 124 (128).

¹²² Cfr. al respecto HERZOG, *Prävention des Rechts oder Manifestation des Rechts*, 1991, pp. 15 y ss.

¹²³ HORKHEIMER, «Zum Begriff des Menschen», en: ÍDEM, *Kritik* (nota 116), pp. 177 y ss. (184); con la misma claridad, ADORNO, *Dialektik* (nota 118), p. 73: «La sociedad se ha

estos autores quedaba excluido coherentemente un punto de partida teórico que recurriera a un momento anterior al estadio alcanzado con la modernidad social, o a estructuras sociales previas a la modernidad: «La huida hacia atrás no ayuda en nada a la libertad amenazada»¹²⁴. En su opinión, sólo puede hacerse valer la herencia de los Ilustrados mediante una crítica concreta de las circunstancias existentes frente a la opinión pública (general)¹²⁵; «por el contrario, de lo que se trata es de mantener aquello que debe valorarse positivamente, como, por ejemplo, la autonomía de la persona individual, el significado del individuo, su psicología diferenciada, ciertos elementos de la cultura, sin detener el progreso»¹²⁶.

Trasladando estas reflexiones a los criterios de la «teoría personal del bien jurídico», ello significa que si esta teoría pretende ser accesible a una reformulación sociológica de sus objetivos político-criminales, la crítica abstracta y general de la constitución de bienes jurídicos universales se queda demasiado corta en su formulación genérica: la existencia de tipos penales para la protección de los llamados bienes jurídicos universales no puede considerarse ilegítima *per se* cuando la configuración de la sociedad es a su vez compleja. Por el contrario, de lo que se trata es de mostrar la existencia de una funcionalización de intereses personales en el contexto de las regulaciones *concretas*, contraponiendo a esta funcionalización —si no se quiere que las ambiciones político-criminales en el plano de la constitución de bienes jurídicos se queden en mero ruido sin consecuencia alguna— una configuración de la sociedad que realice «aquello que no queremos perder: la autonomía del individuo»¹²⁷.

convertido en aquel contexto funcional total que imaginó en su momento el liberalismo; lo que es, es relativo a otras cosas, es irrelevante en sí mismo. El sobresalto frente a ello, el comienzo de la consciencia de que el sujeto está perdiendo su sustancialidad, lo prepara para escuchar la aseveración de que el ser, identificado de modo inarticulado con aquella sustancialidad, a pesar de todo superará sin pérdida posible el contexto funcional»; así como p. 151: «La identidad es la forma primigenia de la ideología».

¹²⁴ HORKHEIMER, «Bedrohung der Freiheit», en: ÍDEM, *Kritik* (nota 116), pp. 335 y ss. (338); también con claridad ÍDEM, «Aufstieg und Fall des Individuums», *op. cit.*, pp. 124 y ss. (140): «Esto no significa que sea deseable un retorno a formas más antiguas. Este reloj no se puede retrasar, y de igual modo tampoco cabe deshacer la evolución de la organización, o siquiera rechazarla teóricamente».

¹²⁵ HORKHEIMER, *op. cit.*, pp. 144 y ss., 162 y ss.

¹²⁶ HORKHEIMER, «Kritische Theorie gestern und heute», en: ÍDEM, *Gesellschaft im Übergang* (2.ª edición, 1981), pp. 162 y ss. (166); respecto de la trasposición epistemológico-filosófica vid. ADORNO, *Dialektik*, p. 17: «La consciencia de lo aparente de la totalidad conceptual no tiene otra vía que la de romper la apariencia de identidad social de modo inmanente: de acuerdo con su propia medida».

¹²⁷ HORKHEIMER, «Kritische Theorie gestern und heute», en: ÍDEM, *Gesellschaft* (nota 126), pp. 162 y ss. (166).

Por lo tanto, si se ponen en relación las intenciones político-criminales de la «teoría personal del bien jurídico» con el punto de partida institucional aquí propuesto, se percibe que sus criterios —aunque hasta ahora sólo quepa descifrarlos parcialmente— se refieren al marco, es decir, al esquema de orientación básico de la legitimación material del Derecho penal, y, por ello, han de formularse también en ese plano: en cuanto criterios normativos de la identidad de la sociedad.

5. Epílogo

Precisamente en un análisis crítico de la «teoría personal del bien jurídico» se percibe que la problemática de la legitimación del Derecho penal siempre es idéntica a la cuestión de la determinación concreta de la configuración de una sociedad. Por ello, el cometido de una política criminal moderna ha de estar, también, en la caracterización normativa de las esferas del sujeto en un mundo complejo, y ello, precisamente, también en contraposición con el poder público. Esto lo ha aprehendido con claridad la «teoría personal del bien jurídico». Pero el instrumental de la teoría general del bien jurídico es de poca ayuda en este contexto; por el contrario, aparece como un relictos dogmático que oculta la perspectiva decisiva, la que se fija en la relación directa entre el Derecho penal y la determinación de la concreta configuración de la sociedad.