

NI ROXIN NI JAKOBS*: ¿NECESITA LA DOGMÁTICA JURÍDICA OTRO REPERTORIO MÁS DE FÓRMULAS VACÍAS?

Minor E. Salas

Universidad de Costa Rica

RESUMEN. Algunas de las ideas de Claus ROXIN y Günther JAKOBS —como representantes de la doctrina llamada *funcionalismo penal alemán*— se ubican en un plano de principios y consideraciones *valorativas* muy generales y abstractas. Sin embargo, en ese plano precisamente **no** hay mucho que discutir racionalmente, pues cualquier afirmación o negación que se haga, siempre puede ser rebatida con una consideración o afirmación *valorativa* contrapuesta. Apelando a abstracciones de la clase invocada por estos autores, o sea, a fórmulas vacías como son: «orientación teleológica», «política criminal», «bien jurídico», «vigencia de la norma», «configuración de la sociedad», «identidad social», «derecho penal del enemigo», se puede llegar casi a cualquier conclusión, incluso absurda. El aporte real, para al *corpus* del conocimiento científico, de estas especulaciones es relativamente escaso o nulo.

Palabras claves: Funcionalismo, derecho penal, política criminal, bien jurídico, derecho penal del enemigo, pena, norma, dogmática jurídica, Claus ROXIN, Günther JAKOBS.

Neither ROXIN nor JAKOBS: Does Criminal Law Theory Need a New Repertoire of Empty Formulas?

ABSTRACT. Some of the ideas of Claus ROXIN and Günther JAKOBS, exponents of German criminal functionalism, are within the scope of general and abstract value-oriented considerations. However, in that scope not much can be rationally argued, since any affirmation or denial can be rebutted by an opposed value-oriented statement. When appealing to the kind of abstractions as cited by the authors, which are in essence empty formulas (*Leerformeln*), such as «teleological orientation», «criminal policy», «legally protected good», «validity of the norm», «configuration of society», «social identity», and «criminal law for enemies», you can always deduce almost any conclusion, even the most absurd ones. The actual contribution of these speculations to the corpus of scientific knowledge is relatively little or none at all.

Keywords: Functionalism, criminal law, criminal policy, legally protected good, criminal law for enemies, sanction, norm, legal dogmatic, Claus ROXIN, Günther JAKOBS.

* Fecha de recepción: 14 de junio de 2015. Fecha de aceptación: 16 de julio de 2015.

Weder Roxin noch Jakobs. Éste es el título original de este trabajo. Fue escrito para el libro homenaje a Claus ROXIN con motivo de sus ochenta años: (*Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Walter De Gruyter Inc., 2011). Sin embargo, el trabajo **nunca** llegó a publicarse, incluso una vez enviado a los editores en dos versiones (una extensa y otra reducida) y a petición expresa de éstos. Dada esta circunstancia, el artículo se intentó publicar en el libro homenaje al profesor brasileño Dr. Juarez TAVARES que aparecerá, presuntamente, el próximo año (2012) y para el cual fui expresamente

No hay mejor medio para poner de moda o defender doctrinas extrañas y absurdas, que abastecerlas de una legión de palabras oscuras, dudosas e indeterminadas. Esto, sin embargo, vuelve a estos refugios más parecidos a cavernas de bandidos o madrigueras de zorros que a fortalezas de guerreros generosos.

John LOCKE¹

Sólo cabe recordar que la obligación, si es que hay alguna, más recomendable para un «pensador» de profesión es mantener la cabeza fría frente a los ideales dominantes, aun los más majestuosos, en el sentido de que él ha de conservar la capacidad de «nadar contra la corriente» si es necesario.

Max WEBER²

El mal de tomar una hipálage por un descubrimiento, una metáfora por una demostración, un vómito de palabras por un torrente de conocimientos capitales, y tomarse a sí mismo por un oráculo [...], este mal nace con nosotros.

Paul VALÉRY³

1. TRES IDEAS FUNDAMENTALES DE CLAUS ROXIN

No se debe olvidar que la comunidad de los intelectuales [...] está, sea cual fuere el pensamiento sobre ella, más unificada por una forma de piedad hacia los héroes que ella misma se elige, que por el libre examen y el uso crítico de la razón⁴.

J. BOUVERESSE

Claus ROXIN ha escrito mucho. Y seguramente mucho de lo que ha escrito sobre derecho penal, a partir de los años setenta del siglo XX, es correcto y representa un aporte para el conocimiento en el derecho. Sin embargo, a mí no me interesa, ni tampoco puedo, examinar todo eso que ha escrito respecto a una gran variedad de temas (*e. g.*, teorías de la pena, autoría y participación, imputación objetiva, teoría de la responsabilidad, derecho procesal penal, derecho penitenciario, teoría del derecho)⁵. Mi objetivo es muchísimo más modesto. Lo que quiero es tomar tres ideas básicas, de carácter general, de lo que él de-

invitado a participar por el propio homenajeado y por los editores. El intento resultó también fallido. Al parecer la razón fue, en ambos casos, que el trabajo era demasiado «crítico». Lo más paradójico del asunto es que, siendo el artículo rechazado por los discípulos, los propios maestros citados leyeron el documento y me invitaron expresamente a que lo publicara; por lo que he decidido hacerlo en la revista de más amplia difusión y apertura que existe en el idioma español: *DOXA*.

¹ Citado en BOUVERESSE, 2001: 19.

² WEBER, 1985: 540.

³ BOUVERESSE, 2001: 9.

⁴ *Ibid.*, 57.

⁵ El profesor ROXIN dirigió, durante mi estada de varios años en Alemania, tanto mi tesis de maestría como mi tesis de doctorado (en el *Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften*). En ambos documentos (con la calificación de *summa cum laude*) realicé una crítica muy fuerte a la teoría procesal penal que defiende ROXIN. Ahora intento hacer una crítica a su concepción del derecho penal sustantivo (ya no procesal). Si lo logro o no, es una discusión aparte. En todo caso, ése es mi homenaje.

nomina su doctrina «teleológica», «político-criminal» o de «orientación valorativa» y someterlas a un examen, para así determinar cuál es su capacidad real de rendimiento en el plano de la discusión racional.

La *tesis principal* que voy a aventurar respecto a esas ideas es que ellas *no* constituyen un aporte original al saber jurídico-penal y que, más bien, su difusión y fama internacionales, dentro del marco de lo que en la esfera académica se llama funcionalismo penal, obedecen a otros factores, en especial al hecho de que esas ideas se amparan en unas categorías suficientemente vagas, imprecisas e inofensivas como para que se genere algún consenso (aunque sea mínimo) entre los penalistas. Recordemos: todo el mundo quiere escuchar aquello que le gusta y le hace feliz. *Dios ama a quienes nos hacen reír* (POSTMAN). Paso a detallar esas ideas una por una:

1.1. Primera idea: la orientación teleológica del derecho penal

La primera idea fundamental de ROXIN tiene que ver con lo que se denomina doctrinariamente la «orientación teleológica», «funcional» o «racional-final» del derecho penal. Esto parece complicado y, especialmente para una persona ajena al campo, pero acá hemos de hacer un esfuerzo por exponer las cosas en su justa medida y con la claridad debida. Esta orientación teleológica no es más que, en palabras sencillas, la exigencia de que en el derecho penal se trabaje con determinados *fin*es. Dice el autor comentado:

Se debe partir de la tesis de que un moderno sistema de derecho penal ha de estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas⁶.

Deben existir, por ende, en todo sistema de derecho penal, según ROXIN, un grupo de lo que él denomina «finalidades rectoras» que están en la base de cualquier solución a los problemas prácticos del derecho. No puede ni debe existir una solución jurídica que sea totalmente ajena a esas finalidades. De allí que, nos dice el profesor de Munich, quedan excluidas *a priori* las soluciones «axiológicamente ciegas». Si al momento de resolver un caso concreto se respetan las finalidades valorativas presentes en la ley, entonces se garantiza así la justicia sistemática de la solución. Las finalidades rectoras a las que refiere ROXIN son, según su opinión, finalidades de tipo político-criminal, esto ya que los presupuestos de la punibilidad, o sea, del castigo de una persona, tienen que orientarse precisamente hacia los fines que busca el derecho penal y no hacia otros propósitos ajenos a éste.

En cambio, cuando las finalidades rectoras se convierten directamente en configuradoras del sistema, queda de antemano garantizada la justicia en el caso concreto en la medida en que ello es posible en un derecho vinculado a la ley; ya que toda constelación de casos se reconduce al fin de la ley. Por la misma razón, el sistema sólo puede descartar aquellas soluciones de problemas que sean incompatibles con sus fines. También queda excluida la posibilidad de que las soluciones se produzcan como conclusiones de necesidades sistemáticas axiológicamente ciegas, puesto que en tal caso ya no estarían cubiertas por el punto de partida sistemático⁷.

⁶ ROXIN, 1997, 167-168.

⁷ *Ibid.*, 51.

Finalmente, ROXIN advierte sobre los alcances del sistema, mostrando siempre un buen grado de optimismo en aquellos casos difíciles en los que no haya, en virtud de la ausencia o contradicción entre las finalidades valorativas, una solución satisfactoria para todos esos casos. Nos dice:

Es cierto que incluso en un sistema teleológico siempre pueden seguir aflorando contradicciones valorativas insatisfactorias en el caso concreto; pero se pueden eliminar mediante correcciones del sistema —y precisamente ahí radica el progreso científico en este campo— o, cuando se deban a disposiciones legales vinculantes, ponerlas de manifiesto preparando el trabajo para futuras modificaciones legales⁸.

Hasta aquí, en apretada síntesis, el planteamiento de ROXIN. Sin embargo, ya en este planteamiento se notan varios aspectos muy problemáticos que denotan la poca fuerza explicativa de su propuesta:

— En primer lugar, no se ve cómo pueda actuarse en el derecho de una forma distinta a la descrita (¿prescrita?) por ROXIN. Yo pienso que él ha sacado a relucir una cuestión muy superficial, o en todo caso, una verdad de Perogrullo. Es decir, no se ve cómo un ordenamiento penal o, para nuestros efectos, la teoría del delito propia de la dogmática actual, no vaya a estar, ora directa - ora indirectamente, orientada hacia unos determinados *fines* , cualesquiera que éstos sean. Si lo que se pretende decir con la expresión «sistema teleológico» o de «orientación valorativa» es simplemente que en la aplicación o creación de una norma concreta (un tipo penal) se busca alcanzar un cierto objetivo o meta valorativos, entonces se ha logrado muy poco o prácticamente nada, pues con esa expresión no se viene más que a ratificar una circunstancia conocida que deviene, a la postre, en una trivialidad o poco menos. En el campo de la teoría y filosofía del derecho se sabe, en realidad desde los tiempos de Rudolf VON IHERING, para no irse mucho más atrás, hasta el propio ARISTÓTELES o incluso hasta los presocráticos, que los *fines valorativos* son los amos del derecho; es decir, que el derecho está impregnado de valores de distintos tipos. Pero, repito, esto es decir poco, y si lo decimos sin reserva, es decir: ¡nada!

No estaría de más —para hacer un experimento mental—, encontrar una norma jurídico-penal que no tenga ninguna meta o fin político-criminal, pues siendo así ella carecería de contenido y resultaría superflua en cualquier comunidad jurídica. Es más: yo invitaría al propio ROXIN, o a cualquier otro jurista de los que afirman que el derecho penal debe orientarse teleológicamente, a que me señale una sola norma en que esa característica no esté presente. ¿Existen estas normas en un ordenamiento jurídico? Uno puede considerar una norma como absurda, desproporcionada, o incluso ridícula; por ejemplo, un tipo penal que sancione a los animales por cometer delitos contra el honor, pero incluso en un caso extremo como éste, la norma tiene un fin: imputarle a algo o a alguien la responsabilidad de ciertos eventos desagradables desde nuestra óptica.

En todo caso, aceptemos, *gratia probandi* , la tesis de ROXIN. Aún así, la verdadera cuestión *no* es lo que él propone de manera muy vaga: construir el derecho penal y la teoría del delito atendiendo a ciertas finalidades valorativas abstractas de tipo político-criminal, sino más bien *definir concretamente* cuáles sean esas finalidades valorativas y

⁸ *Ibid.*

mediante cuáles mecanismos específicos realmente se pueden implementar en la práctica judicial. Esa es la verdadera cuestión de fondo, respecto a la cual la dogmática funcional mejor hace *mutis* por el foro. O sea, la cuestión decisiva, y muy difícil por cierto, está en definir, desde una perspectiva tecnológica (para hablar con Hans ALBERT) con qué *medios* racionales e intersubjetivamente controlables se alcanzan los *finés* valorativos establecidos consensualmente *a priori* por un ordenamiento jurídico.

Los sistemas tecnológicos no tienen, pues, un carácter normativo. Ellos no responden la pregunta: ¿qué debemos hacer?, sino más bien la pregunta: ¿qué se puede hacer cuando se quiere que estos y aquellos problemas se resuelvan de una determinada manera? Dichos sistemas no contienen prescripciones, sino más bien información sobre posibilidades humanas de acción y sus respectivos efectos⁹.

Decir que el derecho penal se orienta o debe orientarse según fines o finalidades valorativas es, y me excuso si mi franqueza raya con la grosería, venir a descubrir el agua tibia, o que la rueda tiene la característica ontológica de ser circular; pues la pregunta que inmediatamente surge es: ¿cuándo no ha sido así? Nunca, creo yo, salvo en un idílico País de las Maravillas, como en el que al parecer está pensando ROXIN.

— Pero, en un segundo momento, la cuestión fundamental a esclarecer radica en escoger, dentro de la gran gama de valores que puedan entrar en juego en el derecho penal, aquellos que deseamos tomar en cuenta para adoptar una decisión específica. ¿Cómo hacer justamente eso? Esa es la tarea realmente difícil. La propuesta de ROXIN, según la cual, lo importante es orientar teleológicamente el sistema total del derecho penal es, en realidad, un sofisma o, en el peor de los casos, un engaño, pues viene a *desviar* la mirada del hecho de que lo realmente importante y difícil está en otras comarcas: escoger, llámese elegir *personalmente*, los valores político-criminales específicos en juego que entrarán en la base de la decisión que se adopte al aplicar un tipo penal concreto y resolver un caso controvertido de la praxis judicial misma. El elemento subjetivo aquí es inevitable.

La hipótesis de ROXIN en el sentido de afirmar que las finalidades valorativas de su sistema teleológico son de tipo «político criminal», no nos coloca en una mejor posición metodológica o epistemológica, sino que más bien recrudece la imprecisión semántica inicial y con ello debilita aún más su teoría. Él intenta, como diríamos en mi país, «meternos gato por liebre», pues siempre queda por verse, nuevamente, *cuáles* serán esas finalidades (dimensión personal-valorativa) y *cómo* se determinarán (dimensión tecnológica). No se puede asumir, de manera gratuita como lo hace ROXIN, que existe una suerte de consenso, o poco menos, sobre los valores «político criminales» que han de adoptarse a la hora de resolver un caso práctico. No está de más recordar, como examinaré luego, que los valores político-criminales pueden ser, y de hecho son, tanto los de un régimen fascista o autoritario como los de una democracia formal. Tanto en uno como en el otro caso, las partes alegarán que los valores político-criminales que ellos implementan o llevan a la práctica son los valores correctos y los que se apegan firmemente a la justicia, pues recordemos que la «justicia» es siempre la de los vencedores (ZOLO). De allí que no quede claro, en lo más mínimo, cómo es que, según ROXIN, «cuando las finalidades rectoras se convierten directamente en configuradoras

⁹ ALBERT, 2000: 52.

del sistema, queda de antemano garantizada la justicia en el caso concreto»¹⁰. Parece que esta afirmación es arbitraria o, en el mejor de los casos, una esperanza profesoral producto del *wishful thinking* (HABA)¹¹ de ROXIN y no una constatación realista, empírica, de la realidad judicial.

1.2. Segunda idea: la relación íntima entre política criminal y derecho penal

Una segunda idea por la cual ROXIN adquirió fama internacional, como fundador del funcionalismo penal, es por haber, presuntamente, introducido las consideraciones político-criminales dentro de la dogmática penal y, específicamente, dentro de la teoría del delito. La idea central, que tiene relación con la primera cuestión ya expuesta, la expresa el autor de Munich en estos términos: «El derecho penal es más bien la forma en la cual las finalidades político-criminales son introducidas en el modo de vigencia jurídica»¹². Derecho penal y política criminal caminan, pues, de la mano, de tal manera que los principios y categorías de la política criminal deben siempre penetrar en el sistema del derecho penal. De la mano del autor, se dice:

Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del derecho penal sólo pueden ser de tipo político-criminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del derecho penal. Desde ese punto de vista, las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como instrumentos de valoración político-criminal, por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema teleológico¹³.

Sin embargo, y visto de manera realista, ésta es una tesis muy insuficiente en muchos aspectos. Mejor aún: ¡ella no significa casi nada, más que la retórica propia de la primera idea expuesta! No puede olvidarse que, independientemente de esa abstracta tesis de principio, lo cierto es que la política criminal (si entendemos ésta como una parte de la política social de una comunidad) siempre «penetra» (*eindringt*, dice ROXIN) en las categorías del derecho penal (se quiera o no), puesto que, tal y como certeramente vio Hans Kelsen desde hace mucho tiempo: «El derecho está indisolublemente vinculado con la política». Aún más, se podría decir que la totalidad del derecho penal no es más que política social aplicada. Pero de ser esto así, entonces: ¿dónde reposa la originalidad de la tesis roxiniana? ¿Qué sentido racional tiene postular que las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como instrumentos de valoración político-criminal...? ¿Acaso es que nos encontramos aquí, al igual que con la anterior idea, ante la confirmación de una nueva verdad de Perogrullo; una nueva patente para la rueda? ¿A qué se debe, pues, la amplísima difusión internacional que ha recibido esta doctrina?

El escrutinio crítico-analítico revela el carácter limitadísimo de la tesis de ROXIN, si es que tomamos ésta en su dimensión realista. Se hace necesario precisar *dos* cosas que el autor, en todo caso, no aclara suficientemente:

¹⁰ ROXIN, 1997: 51.

¹¹ Para el concepto de *wishful thinking* vid. HABA, 2006; vid. también: «Standortbestimmung zeitgesössischer Rechtstheorie —Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der “Heiligen (Rede) Familie”», 1996: 277 y ss.

¹² ROXIN, 1973, § 10.

¹³ ROXIN, 1997: 168.

1. Por un lado, ¿qué significa aquí afirmar que el derecho penal, *i. e.*, la teoría del delito, debe desarrollarse y sistematizarse a la luz de la política criminal? y,

2. Por otro lado, ¿qué significa eventualmente política criminal? ¿A qué tipo de política criminal se está refiriendo?

La respuesta a estas cuestiones brilla por su ausencia en la obra del profesor comentado.

— En cuanto al primer interrogante se refiere, la respuesta que yo doy se insinúa parcialmente cuando uno se cuestiona: ¿cuándo en la historia del derecho penal no ha sucedido que la política criminal influya sobre el contenido de los institutos penales? ¿Cuándo no han estado las categorías jurídico-dogmáticas, aunque ello se niegue en el mundo del *establishment* oficial, influenciadas por consideraciones políticas? Una observación fría y objetiva del acontecer jurídico revela que durante toda la historia de la dogmática penal, ésta ha estado siempre impregnada (¡y ha sido manipulada!) por las distintas concepciones político-ideológicas de su entorno. La concepción de una dogmática jurídica que no esté influenciada por la política criminal, y más en general, por la política social de una comunidad, es una idea ilusoria y llegado el caso absurda:

— Es *ilusoria* porque confunde lo que *es* con lo que *debe ser* y porque cierra de esta forma los ojos ante una realidad empírico-social que es dominada fundamentalmente por fuerzas políticas y económicas y no por el uso de programas racionales de planificación social o de esquemas prefabricados coherentemente por los agentes de la política criminal. De esta manera, al presentarse como una novedad la tesis de que las categorías jurídicas del derecho penal, o más específicamente de la teoría del delito (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), han de ser valoradas a la luz de las consideraciones político-criminales, se crea la falsa percepción e incluso la ilusión de que esas categorías, en un primer momento, son de carácter neutral, aséptico y sin un compromiso ideológico definido de antemano. Esto es falso. La dogmática adopta siempre, lo acepten o no sus cultores (incluido ROXIN), un punto de partida político-ideológico, un compromiso valorativo, una visión de mundo, que se lleva a la praxis del derecho de manera regular e inevitable. No hay dogmática penal neutral. No hay teoría del delito inocente. No hay penalistas apolíticos. Todo está en saber cuáles son los valores específicos que defienden y con qué fines.

— Es *absurda* porque no puede existir un derecho penal que no esté, directa o indirectamente, arraigado a las estructuras morales y a las preconcepciones ideológicas, éticas y políticas de una comunidad. La idea de que la dogmática jurídico-penal debe ocuparse exclusivamente del tratamiento intra-sistemático de determinados postulados, deducibles axiomáticamente a partir de otros postulados neutrales más básicos de la teoría del delito, sigue siendo un proyecto utópico del saber jurídico normativista. Esta idea, que ha sido criticada con mucha razón por Hans ALBERT, como un *platonismo de las normas* es el subterfugio de aquellos que ven en el derecho un mero *law in books*, o sea, una concepción profesoral, academicista y falsamente aséptica, y no una realidad contradictoria y en constante cambio (*law in action*).

La doctrina de una dogmática separada teórica y prácticamente de la política —que aún pervive obstinadamente bajo la denominación de *normativismo jurídico*— no merecería, a estas alturas del siglo, ser criticada si no fuera por el hecho de que ella, en una u otra medida, sigue infiltrándose en los discursos de los juristas actuales, como lo mues-

tran las ideas defendidas por el propio ROXIN. Un ejemplo claro de esto, lo constituye la circunstancia de que en la dogmática jurídico-penal se hable, mediante un lenguaje artificialmente simulado, de que el «sistema del derecho penal debe estar condicionado por la política criminal», sin llegar nunca a detallarse analíticamente a cuál política criminal se está haciendo referencia y cuáles medidas específicas de esa política criminal son las que hay que implementar.

— En cuanto a la segunda cuestión arriba planteada (¿qué significa política criminal?) debe indicarse que es, precisamente, en este punto donde los análisis, incluidos los del propio ROXIN, pecan mayormente por inexactos, incurriéndose con frecuencia en una suerte de *Mito del Significado Único* (STEVENSON) o en otros sofismas e imprecisiones de similar naturaleza¹⁴. La observación de la realidad social revela cómo es necesario distinguir, cuando menos, dos planos distintos respecto al concepto de política criminal:

a) Política criminal podría significar, en primer lugar, simplemente una *disciplina* académica encargada del estudio del fenómeno criminal de un ordenamiento jurídico. Este sentido del término es poco usual, pues el área del conocimiento jurídico que tiene la función arriba señalada es precisamente las llamadas ciencias penales (que incluyen el derecho penal sustantivo, el procesal penal, la criminología, la sociología criminal, entre otras). Dado que este significado del concepto no es el corriente en las discusiones sobre reformas o propuestas sociales para combatir el crimen, se hace necesario referirse a un segundo sentido de esa palabra, relevante para la presente discusión.

b) Política criminal puede significar, en segundo lugar, todo el conjunto de actividades: prácticas y teóricas, racionales e irracionales, empíricas y normativas, tecnológicas y discursivas, que se emprendan en un ordenamiento jurídico para controlar, hasta ciertos niveles, el fenómeno criminal; o sea, la comisión de delitos.

A la luz de esta distinción elemental entre teoría y práctica, entre descripción y prescripción, se cae en cuenta que no es posible, como sucede en muchos casos con las afirmaciones de ROXIN, hablar, sin caer en exageraciones o simplificaciones, de una política criminal como actividad *general* y *única* de un Estado. Es decir, ¿no existe LA política criminal! Lo que existe en todo ordenamiento jurídico es, más que una política criminal sistemática y armónica, coherente e integral, un conjunto de medidas político-criminales dispersas y que no dejan de ser, en gran medida, contradictorias entre sí. Esta situación no puede ser de otra manera, pues al igual que no existe una planificación racional exacta sobre los grandes problemas sociales de la comunidad, tampoco la hay respecto al problema de la delincuencia. Si uno abre bien los ojos frente a lo que pasa en la fenomenología de la vida cotidiana —no dejándose llevar por unas disquisiciones sistémico-académicas o por el *wishful thinking* de unos profetas y reformadores sociales— observará que las medidas contra el crimen suelen adoptarse, en la mayoría de países, de una forma desordenada y oportunista. Es aquí, en este ámbito de las políticas criminales (¡en plural!), donde el espectáculo de los grandes delitos, el sensacionalismo televisivo, la propaganda amarillista, el llamado a las emociones violentas y el show escandaloso de los *mass-media* juegan un papel fundamental. Quien afirme que

¹⁴ SALAS, 2011.

detrás de todo este *mare magnum* de fenómenos sociales subyace una política criminal planificada, sistemática, coherente, no sólo se está engañando a sí mismo, sino que también está haciendo apología de un ordenamiento jurídico cuyas bases pragmáticas escapan en gran medida a la racionalidad técnica del discurso.

1.3. Tercera idea: el bien jurídico desde la perspectiva constitucional

La tercera idea fundamental expuesta por ROXIN en cuanto al derecho penal es su concepto de *bien jurídico*. De casi todos los juristas es conocida la gran ambigüedad que caracteriza esta noción y el largo debate que se ha dado, a lo largo de muchos años, en torno a su alcance y contenido. ROXIN sostiene al respecto la siguiente doctrina básica: el concepto de bien jurídico solo se puede definir y, eventualmente derivar, de los principios de la Constitución Política. La definición que ofrece el autor comentado es ésta:

Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema¹⁵.

El jurista de Munich considera que, a partir de esa definición del bien jurídico y de su derivación de los principios de la Constitución, es posible extraer varias consecuencias prácticas, como son las siguientes:

1. Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos.
2. Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos.
3. Las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos.

¿Qué opinar respecto al concepto brindado por ROXIN y sus derivaciones prácticas (*Ableitungen*)? Pues nada. Se trata, en lo básico, de una seguidilla de *fórmulas vacías*¹⁶ (E. TOPITSCH) cuyo contenido y definición es establecido estipulativamente por el autor mismo, siguiendo el patrón de unos conceptos retórico-emocionalizantes capaces de generar un amplio concepto entre sus seguidores¹⁷. Nociones tales como: «útiles», «libre desarrollo», «sistema social global», «arbitrario», «finalidades ideológicas», «inmoralidades» pueden recibir, y de hecho reciben, las más variopintas interpretaciones, muchas de ellas contradictorias, pues recordemos que esos conceptos se emplean generalmente para referirse, positivamente, a un cierto estado de cosas para los cuales se requiere aprobación. Visto el asunto con una buena dosis de realismo, nos encontramos acá con unas *definiciones persuasivas* (STEVENSON) que, a la postre, se convierten en *estrategias de inmunización* (Hans ALBERT), pues no se las puede refutar más que esgrimiendo otros juicios de valor opuestos, pero igualmente contingentes. Finalmente, ROXIN tampoco establece de qué tipo de «derivaciones» se está hablando: ¿derivaciones en sentido lógico, empírico, normativo? En fin: más bien el asunto va en la dirección apuntada insuperablemente por TOPITSCH:

¹⁵ ROXIN, 1997: 15 y s.

¹⁶ Vid. al respecto TOPITSCH, 1960.

¹⁷ Hay que reconocer, empero, que ROXIN mismo admite que: «Un concepto de bien jurídico como el anteriormente descrito no proporciona una definición de la que se pudieran derivar conclusiones ya acabadas. Un concepto así no es posible y tendría que ser necesariamente erróneo, ya que reduciría la difícil búsqueda de la evolución ulterior correcta a una ciega deducción conceptual», 1997: 58.

Lo característico de estas derivaciones consiste en la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que originan ciertas emociones, pero que no expresan nada preciso; adicionalmente, en su uso de definiciones de términos desconocidos por medio de otros también desconocidos y en conexión con premisas no demostradas. La meta principal de estos argumentos reposa en mover a los seres humanos, por medio de la creación de estados emocionales, hacia unos valores o unas acciones determinadas de antemano¹⁸.

Las verdaderas preguntas que hay que formularse, y que ROXIN no se hace, son, sin embargo, las siguientes: ¿qué hemos de entender por esos conceptos? ¿Quién es el llamado a definirlos concretamente? ¿Por qué ha de aceptarse la definición estipulativa de bien jurídico propuesta por ROXIN? ¿Cuáles son las ventajas comparativas (en el plano pragmático o de la realidad empírico-judicial) de asumir esa definición y no otra? O sea, ¿cuáles son las consecuencias prácticas de una definición como la brindada del concepto de bien jurídico? ¿Por qué y sobre qué base, empírica o valorativa, se dice que las conminaciones penales arbitrarias, las finalidades ideológicas, y las inmoralidades no lesionan bienes jurídicos? ¿Cómo sabe ROXIN eso? ¿Se trata de un conocimiento, de un prejuicio suyo o de un postulado valorativo axiomático?

Adicionalmente, hay que tomar muy en cuenta lo siguiente: ¿Qué significa acá la «Constitución Política»? ¿Cuál «Constitución Política»? Al parecer ROXIN pasa por alto, con la inocencia digna de un *bon homme*, que de la Constitución Política se puede derivar prácticamente cualquier cosa: monstruo, fantasma o quimera. ¿No ha aprendido él esto de la historia alemana del siglo XX? ¿Acaso habrá que repetir lo expuesto por Bernd RÜTHERS¹⁹, de que los alemanes han vivido bajo cinco regímenes políticos radicalmente diferentes sin tener que modificar, en muchos casos, ni una jota de sus textos legales? ¡No, profesor ROXIN! La Constitución Política dice lo que los jueces dicen que ella dice. El resto es *storytelling*, al decir de SALMON²⁰. **Mientras que las finalidades de una Constitución Política no sean interpretadas de manera instrumental, sino retórica, no empírico-descriptivamente, sino normativa y funcionalmente, entonces la mentada Constitución seguirá siendo una Caja de Pandora, de la cual se extrae lo que a uno le plazca o poco menos, según las circunstancias ideológicas, morales y políticas del momento.**

En realidad, y como ya se ha repetido una y otra vez en este artículo, en el plano de los principios y de las valoraciones generales es fácil refugiarse. Allí no se corren los peligros de la discrepancia y del disenso. Lo que sí se corre es el peligro de quedarse con unas categorías de análisis espectral, vacías, con un contenido emocional. Pero entonces habrá que tomar en cuenta lo que dice Th. ARNOLD: «Cuando los hombres observan la conducta a la luz de principios que consideran sagrados o incommovibles, entonces surgen sacerdotes y no científicos»²¹.

La noción de bien jurídico propuesta por ROXIN debería, si es que quiere aprobar un examen analítico de mayor rigor científico, probarse en el campo de los *hechos* y no

¹⁸ TOPITSCH, 1988: 29.

¹⁹ B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* [la interpretación sin límite. Sobre la transformación del ordenamiento de derecho privado en el Nacionalsozialismo], Frankfurt: Fischer Athenäum Taschenbücher (FAT 6011), 1973.

²⁰ SALMON, 2008.

²¹ ARNOLD, 1962: XIX-XV.

de las palabras; o sea, de las consideraciones empíricas sobre su alcance y función real en los tribunales. ¿De qué sirve el concepto de bien jurídico propuesto para la solución de un caso práctico? ¿Qué diferencia hace que un juez adopte justamente ese concepto de bien jurídico y no otro? ¿En qué favorece o beneficia esa opción a un imputado en un proceso penal específico? Sobre la respuesta que se dé a esas preguntas debería existir, al menos por principio, la posibilidad de una discusión intersubjetiva, validada por las experiencias, que puedan llevarse a cabo en el derecho penal y procesal penal.

Finalmente, la definición de ROXIN (y otras que aúllan con lobos en la dogmática penal actual) de lo que es un bien jurídico, no toma en cuenta un elemento esencial de la teoría metavalorativa de los postulados axiológicos; a saber, las *antinomias* en los objetivos perseguidos por una misma norma. Así, por ejemplo, «las finalidades que son útiles para un individuo y su libre desarrollo» (ROXIN), de hecho, pueden ser inútiles para otros o incluso, en casos dramáticos, dañinas o peligrosas. Esto se debe, repito, al carácter antinómico de las decisiones valorativas, lo cual significa que es imposible promover un valor sin tener que sacrificar otros, o beneficiar a unos grupos de personas sin que otros resulten afectados en algún grado, aunque sea mínimo. No hay *free lunch*, como dice el adagio popular inglés. Es muy probable, por ejemplo, que la promoción de una amplia libertad de empresa en un determinado ordenamiento jurídico pueda ser muy útil para los empresarios, comerciantes, industriales, etc., pero que traiga consecuencias negativas para los empleados, pues no sería extraño que entre mayor sea la libertad de empresa, menor sean las garantías laborales que se brinden a los trabajadores. Una consideración de idéntico carácter metodológico ha de tenerse siempre en cuenta en el derecho penal y procesal penal, consideración ésta que está ausente de las reflexiones del penalista alemán sobre el tema referido.

Pasemos ahora al segundo autor comentado: El profesor de Bonn, Günther JAKOBS.

2. TRES IDEAS FUNDAMENTALES DE GÜNTHER JAKOBS: O JAKOBS PODRÍA SER UN AUTOR INTERESANTE, PERO...

Este hombre *triunfa*: por tanto, a pesar de los tontos y de los envidiosos, es un espíritu glorioso y capaz. Imitémoslo si podemos y estemos de su parte en toda ocasión, aunque sea para no pasar por imbéciles.

Cit. por J. H. BORNECQUE²²

¡Podría ser interesante, pero... *no* lo es, y esto aunque «triunfe»! Y con esta denuncia me corro el riesgo de pasar por imbécil. ¡Pero, ni modo! La razón para mi juicio reposa básicamente en dos aspectos: *a*) Primero, el lenguaje y la presentación de la doctrina funcional de JAKOBS son innecesariamente oscuros y abigarrados; y *b*) segundo, su obsesión por las explicaciones y el lenguaje «técnico» de la teoría de sistemas (¿de su mentor LUHMANN?) hace que incurra, respecto a algunas ideas, en explicaciones unilaterales, exageradas o, incluso, falsas. A mí me parece que adherirse incondicionalmente a un sistema de pensamiento —no importa cuál sea éste o cuál sea

²² BOUVERESSE, 2001: 157.

su naturaleza teórica—, significa limitarse innecesariamente en el horizonte que se tenga y en la amplitud y profundidad de miras. Por eso es que parece tan pertinente el consejo expuesto hace ya muchos años por un pensador latinoamericano cuando decía que lo mejor en la actividad intelectual no es *pensar por sistemas, sino por ideas para tener en cuenta* (VAZ FERREIRA). En lo particular, opino que esta observación es, en la vida intelectual, de una enorme importancia, pues casi la totalidad de reflexiones que se publican actualmente en el campo jurídico, pero también en otros ámbitos, van exactamente en la dirección opuesta; que es, precisamente, casarse ciegamente con un autor o un sistema teórico y a partir de allí meter todo —a fuerza de clavo, martillo o sofisma— dentro de ese sistema, ignorando o descartando las ideas opuestas o complementarias que provengan de otros autores o doctrinas contrarias. Así el dogma está garantizado. De ahí la pertinencia de un epígrafe de ROUSSEAU como el siguiente:

Habiéndose apoderado de todos ellos [de JAKOBS y acaso hasta de ROXIN] el furor por los sistemas, ninguno procura ver las cosas como son, sino como estas se acomodan a su sistema²³.

Antes de discutir algunas ideas fundamentales del Prof. JAKOBS me gustaría ilustrar, con ejemplos concretos, uno de los aspectos denunciados; a saber, la innecesaria *oscuridad* de su doctrina penal. El propósito de poner estos ejemplos no es, como podría suponerse, criticar una cuestión puramente estilística o incurrir en un *ad hominem* innecesario contra el profesor de Bonn, sino algo mucho más fundamental: lo que quiero hacer es *higienizar*, valga la expresión quirúrgica, las ideas expuestas por JAKOBS para así demostrar que lo que dice no es, en algunos casos, más que ideas conocidas desde hace mucho tiempo en el derecho penal, solo que ahora disfrazadas y edulcoradas con un lenguaje abigarrado. De allí que, si de darle una recomendación a JAKOBS se tratara, habría que hacerlo junto con Karl POPPER:

Lo peor —el pecado contra el espíritu— se da cuando los intelectuales intentan presentarse frente al prójimo como grandes profetas e intimidarlos con oscuras filosofías propias de un oráculo. Quien no pueda expresarse clara y sencillamente, entonces que se calle y siga trabajando hasta que lo pueda decir todo de manera clara²⁴.

Unos cuantos ejemplos de lo dicho, tomados al azar:

La ciencia del derecho penal tiene que indagar el verdadero concepto de derecho penal lo que significa destacarlo como parte del entendimiento que la sociedad tiene de sí misma. El éxito de esta empresa no está garantizado, pues puede que circulen comunicaciones bajo la rúbrica de «derecho penal», sin pertenecer a su concepto²⁵.

¡Lo siento Prof. JAKOBS, pero no se le entiende y si se le entiende es muy mal! Cabe preguntarle a usted —sin ánimo malsano de importunar— cosas como estas: ¿Existe un «verdadero» concepto de derecho penal? ¿Cómo saber cuál es ese concepto? ¿El concepto que establezca usted mismo o algún otro autor es el verdadero?

²³ «La fureur des systèmes s'étant emparée d'eux tous, nul ne cherche à voir les choses comme elles sont, mais comme elles s'accordent avec son système», citado en HABA, 2006: 231.

²⁴ POPPER, 1984: 100

²⁵ Una advertencia importante: ésta y la cita que sigue las he tomado de una traducción al español de Teresa Manso Porto (JAKOBS, 2004: 27); por tanto, no puedo asegurar que éstas sean las palabras exactas de JAKOBS en el original en alemán. En todo caso, esto no es relevante, ya que mi intención acá es criticar la poca claridad en las ideas y pensamientos de JAKOBS.

¿Cuáles son los criterios empíricos e intersubjetivamente debatibles para calificar uno de los conceptos como el verdadero y los otros como los falsos? ¿No será más bien que lo que existe en el derecho, o en cualquier otra disciplina social, son *definiciones estipulativas* (consensuales y relativas), que no son ni verdaderas ni falsas, sino simplemente útiles o no para ciertos fines valorativos? ¿Tiene usted presente esta distinción entre definiciones estipulativas y definiciones reales, o cae más bien en una concepción según la cual hay definiciones «verdaderas»? ¿Y de ser así, «verdaderas» en qué sentido? Además, ¿cómo saber cuáles son las «comunicaciones» que pertenecen al derecho penal y cuáles no? ¿Qué significa la oscura noción de «comunicaciones»? ¿Se refiere usted a definiciones, conceptos, términos? ¿Y si es así, por qué no expresarlo de esa manera?

¿Y qué hay de la afirmación —realmente misteriosa y rodeada de un halo de puro misticismo— de que la sociedad tiene un «entendimiento de sí misma»? ¿Qué puede significar una afirmación como esa? Si uno no se cuida de caer en formas espurias de *naturalismo lingüístico*²⁶ podría creer que JAKOBS está diciendo acá que existe algo como «La Sociedad» —una suerte de entidad viviente, autónoma, supraindividual— y que esa Sociedad posee una «conciencia» de sí misma, o sea, que esa entidad, cualquier cosa que ella sea, «piensa»²⁷. ¿Pero tiene una afirmación semejante algún sentido empírico-racional? ¿Existe realmente La Sociedad? Aún más: asumiendo que haya algo que en términos muy generales, casi metafóricos, se pueda llamar así, ¿tiene sentido, racionalmente hablando, decir que ella posee un «entendimiento de sí misma»? Estas son cuestiones que JAKOBS debería aclararnos a los menos entendidos y familiarizados con la terminología sistémica, pues, repito, son nociones harto difíciles de comprender y, a mí en lo personal, se me parecen a unos fantasmas que sirven para asustar a los niños en las escuelas y, al rato, a los propios estudiantes del Instituto de derecho penal y filosofía del derecho de Bonn.

Pero acá, no termina la historia. En otro lugar, continúa JAKOBS diciendo:

Es evidente que sin poner el punto de mira en la comprensión que la sociedad ha alcanzado de sí misma o en la que al menos se toma como posible y, lo que es lo mismo, adoptando una perspectiva absolutamente interna del derecho penal, no se puede obtener dicho concepto; al contrario, la ciencia debe tomar conocimiento de la identidad de la sociedad esforzándose por comprenderla²⁸.

²⁶ Voy a entender por naturalismo lingüístico «aquella tendencia, al parecer antiquísima, de los seres humanos de atribuirle a todos los nombres o sustantivos un correspondiente empírico. Es decir, se trata, finalmente, de la teoría del significado, según la cual el sentido de un término está dado por su referencia (RUSSELL y STRAWSON aluden a una “teoría de la denotación”). Vid. SALAS, *op. cit.*, en especial el capítulo dedicado a la magia verbal y al naturalismo lingüístico. En este sentido dicen también C. K. OGDEN y I. A. RICHARDS: «La concepción primitiva consiste, indudablemente, en que el nombre indica, o describe, la cosa. De donde se seguiría de inmediato que por la presencia del nombre uno podría demostrar la existencia de la cosa», citado en mi libro indicado, 64.

²⁷ La explicación de JAKOBS a este respecto es doblemente oscura: «La sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que puede ser siempre configurado de otra manera distinta a como lo es concretamente (si no, no se trataría de una construcción). Puesto que se trata de una configuración, y no en la determinación de un estado, la identidad de la sociedad se determina sobre las reglas de la configuración, o sea, sobre las normas y no sobre los estados o bienes», en: «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken, oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts?», en la revista *ZStW* 107, 1995: 848.

²⁸ Importante: *vid.* la nota al pie 25 (*supra*), 27-28.

Resurge aquí de nuevo la duda: ¿cuál es esa «comprensión que la sociedad ha alcanzado de sí misma»? ¿Se trata esa comprensión de un dato empírico, fáctico; es decir, que pueda ser captado, medido o de otra forma aprehendido mediante algún método intersubjetivo o se trata más bien de un elemento supra-empírico, trascendente que ha de ser «intuido» mediante alguna otra forma no-cognoscitivamente aceptada (¿acaso una especie de intuición trascendental *à la Husserl* o *Hegel*?)

Algunos otros pasajes, donde la claridad de la doctrina jurídico-penal de JAKOBS brilla por su ausencia, son los siguientes:

El derecho penal tiene la misión de garantizar la identidad de la sociedad. Esto ocurre tomando el hecho punible en su significado, como aporte comunicativo, como expresión de sentido, y respondiendo ante él. El derecho penal confirma, pues, la identidad social; el hecho punible no es asumido como el principio de una evolución, tampoco como un evento a ser resuelto cognitivamente, sino más bien como comunicación fallida, aunque el error le sea atribuido a su autor como de su responsabilidad. Con otras palabras, la sociedad se mantiene firme a las normas y se niega a captarlas nuevamente. La pena es, en este sentido, no solo un medio para el mantenimiento de la identidad social, sino que es más bien el mantenimiento mismo²⁹.

Quizá —y a contrapelo de la forma mística de exposición de JAKOBS—, se podría decir lo mismo, pienso yo, pero de una manera mucho más llana, de la siguiente forma: el derecho penal (o mejor aún, las normas que regulan comportamientos de las personas y que son calificadas como normas penales) tienen como objetivo principal que se obtenga la convivencia entre individuos. Además, los delitos tienen importancia, tanto para las víctimas como para los delincuentes, pues generalmente afectan negativamente sus vidas. Todo esto es posible expresarlo, como pueda apreciarse, sin los galimatías de la teoría de sistemas y sin valerse de conceptos intimidantes como «identidad», «sociedad», «comunicación», «sentido». Adicionalmente, surge la duda, al menos una duda razonable, de: ¿a qué se refiere JAKOBS cuando habla de la «identidad de la sociedad»? ¿Posee la sociedad, si entendemos por ella un grupo de personas con múltiples y contradictorios modos de ser, actuar y pensar, algo así como una «identidad»? ¿No se trata todo esto de una hipostación o, en el mejor de los casos, de un símil literario? Esa identidad, que le adscribe JAKOBS a la «Sociedad», ¿es un fenómeno de naturaleza empírica o más bien un constructo normativo?³⁰ Y si es así, ¿cuáles son los medios para probar su existencia, en especial para aquellos que no crean en esa identidad? ¿Son esos métodos de demostración controlables o no? ¿O se trata más bien esta «identidad» de un ideal regulativo? ¿Y qué significa acá «ideal» (significa: ¿inventado, un ideal valorativo al estilo de WEBER, una metáfora?). Y si es así, ¿cómo ha de entenderse su contenido? ¿Cómo ha de probarse su existencia frente a los escépticos?

Repito, con el riesgo de sonar reiterativo (pero el punto me parece fundamental), creo que acá nos encontramos ante un naturalismo lingüístico espurio, tal y como éste fue descrito por TOPITSCH:

²⁹ JAKOBS, 199: 843 y ss.

³⁰ ¿Cómo ha de entenderse la siguiente afirmación de JAKOBS?: «Aprendible empíricamente en este proceso es solo el hecho delictivo, el procedimiento penal y su relación entre ambos. No es empíricamente aprehensible la confirmación de la identidad, pues ella no es la consecuencia del proceso penal, sino más bien su significado». [*Empirisch faßbar sind an diesem Vorgang einzig die Straftat, das Verfahren und der Zusammenhang beider; nicht empirisch faßbar ist insbesondere die Bestätigung der Identität; denn sie ist nicht Folge des Verfahrens, sondern seine Bedeutung?*]. Me temo que sólo JAKOBS conoce la respuesta.

De gran importancia para el desarrollo de los sistemas de pensamiento mítico y filosófico [y también jurídico, diríamos nosotros] es, finalmente, la creencia en una relación interna esencial; incluso una identidad, entre la palabra y la cosa. Esto conduce no solo a las distintas formas de magia verbal, sino también y en último lugar, a una especie de realismo lingüístico; o sea, al convencimiento de que la existencia de una palabra equivale exactamente a la existencia del objeto designado. Por esta vía se llega a la construcción de mundos cimentados en esencias lingüísticas imaginarias que, en su mayoría, están impregnadas de muy intensos contenidos emocionales³¹.

Yo desde un país, y en general desde un continente, donde el lenguaje, en especial el lenguaje oscuro de los políticos, ha sido brutalmente utilizado para engañar, mentir y hasta para asesinar a las personas, le pido humildemente al profesor alemán que trate de aclarar, para bien propio y de todos, estas cuestiones básicas de su concepción ideológica del derecho penal. Y, finalmente, un verso para su persona:

*Mit Worten lässt sich trefflich streiten,
Mit Worten ein System bereiten,
An Worte lässt sich trefflich glauben,
Von einem Wort lässt sich kein Jota rauben*

GOETHE³²

En resumen: lo dicho hasta ahora refleja, esencialmente, dos aspectos que me parecen fundamentales:

1. La poca claridad en la exposición de las ideas, por parte del conocido Prof. Günther JAKOBS, no se limita a un aspecto puramente estilístico o literario, sino que involucra y conlleva elementos tan importantes como el naturalismo lingüístico, la confusión entre definiciones estipulativas y definiciones reales, la promulgación —sin dar razones para ello— de presuntas entidades supraindividuales a las cuales se les adscribe, por vía de la hipostación lógica, características propias de los individuos, el uso retórico-emotivizante de unos conceptos como «sociedad», «comunicación», «identidad», «sentido», «norma», todo lo cual implica una suerte de *magia verbal*, entre otras cosas; y

2. Una concepción insuficiente de las relaciones y de la interacción social arraigada, en lo básico, en una visión holista, esencialista y arbitrariamente idealizada del conglomerado social, lo que da pie a unas «falacias del Todo» (SAVATER); o sea, a una doctrina de las conductas humanas como formando parte de un presunto «Sistema» (mecánico y orgánico) de relaciones, obviando así la naturaleza contradictoria, conflictiva, impredecible y heterogénea de los agentes sociales y sus comportamientos reales.

Dicho esto, entremos ya en la sustancia del derecho penal. Considero que tres ideas centrales de JAKOBS al respecto son las siguientes:

³¹ Vid. TOPITSCH, 1988: 8-9.

³² Con las palabras se puede primorosamente discutir,
Y con las palabras incluso un sistema construir,
En las palabras primorosamente hay que confiar,
Y a una palabra ni una Jota se le ha de robar (GOETHE).

2.1. Primera idea: el concepto de pena y la función del derecho penal

JAKOBS defiende un concepto de pena particularmente distinto a lo que se estila en estos momentos dentro de la dogmática penal internacional, así como una función para el derecho penal que escapa de la tradicional convivencia pacífica entre los individuos, todo ello partiendo desde una perspectiva «sistémica» del derecho, como se le suele llamar. Respecto a la función de la pena, algunos pasajes servirán para exponer las opiniones del penalista alemán:

La pena es siempre reacción ante la infracción de la norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma...³³.

O también:

Sería absurdo «querer un mal porque ya se ha dado otro mal», y este seguir un mal a otro describe a la pena sólo según su «carácter superficial». La pena hay que definirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada³⁴.

Sigue JAKOBS señalando:

La pena —como la infracción de la norma— no debe ser considerada sino como un suceso no exterior (dado que entonces sólo aparece la sucesión irracional de dos males), sino que también la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma. Se demuestra así que el autor no se ha organizado correctamente: se le priva de medios de organización. Esta réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor, es la pena³⁵.

Y concluye su argumento de la siguiente manera:

Resumiendo: Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma³⁶.

¡Unos textos prácticamente incomprensibles! ¿Cuántos monstruos pueden emerger de estas praderas? Yo creo que, para efectos de una crítica posterior, unos pasajes como los citados se pueden «traducir» (valga la expresión gráfica) a un lenguaje mucho más llano, en los siguientes términos algo simplificados:

1. Las leyes penales existen y son promulgadas para que las personas las cumplan, y de esa forma se promueve la convivencia entre los individuos de una comunidad determinada.
2. Las leyes deberían (plano del deber-ser o valorativo) respetarse.
3. Si las personas no respetan esas leyes, o sea, las infringen, entonces, por lo general, se generan consecuencias negativas, como puede ser que se le prive al infractor de su libertad.

Ahora bien: examinemos con serenidad este razonamiento. ¿Qué se ha dicho nuevo que ya no se supiera, o mejor aún: cuál es la novedad en el argumento del

³³ JAKOBS, 1993: 5.

³⁴ *Ibid.*, 6.

³⁵ *Ibid.*, 9.

³⁶ *Ibid.*, 9-10.

Prof. JAKOBS? Ninguna, creo yo. Desde cierta perspectiva, su tesis resulta un lugar común desde el momento mismo en que se decide implementar un grupo de regulaciones normativas; o sea, desde que existen las reglas; pues tal y como se dice en la vida ordinaria: «las leyes están para cumplirlas». JAKOBS lo que ha hecho, únicamente que valiéndose de un aparato conceptual innecesario y hasta disimulador, es anunciarnos lo que ya de por sí sabemos: la «vigencia de la norma» y su respectiva «estabilización» por medio de la pena, la cual se erige como una «réplica» al infractor. ¡La buena noticia que cabe extraer de estas observaciones es, dicho con un poco de humor, que el Prof. JAKOBS ha descubierto lo que ya se sabía desde la promulgación del Código de Hammurabi... y todo esto en pleno siglo XXI!

Sin embargo, e independientemente del lenguaje en que se ponga, los puntos álgidos son los que precisamente JAKOBS *no* menciona y *no* examina con el detalle requerido. Regresemos a algunos de sus comentarios. Por ejemplo nos dice: «La pena es siempre reacción ante la infracción de la norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma»³⁷. Pues sí. Como ya se dijo en lenguaje ordinario, las leyes están para respetarse (en el plano del deber ser). ¿Quién sería suficientemente despistado para no saber esto? Pero, ¿qué sucede si la norma es absurda porque las circunstancias sociales ya han cambiado o qué pasa si los supuestos de hecho que se quería regular con esa norma se han modificado notablemente? ¿Han de observarse las normas independientemente de su contenido? ¿Existen excepciones a la tesis postulada por JAKOBS y cuáles son esas excepciones? ¿Cuándo específicamente ha de aplicarse la regla y cuándo la excepción? Nadie pone en duda que cuando una mayoría está de acuerdo con el supuesto fáctico regulado por la norma, entonces ésta se aplica. Pero justamente esos no son los casos problemáticos. Los casos problemáticos, de los cuales se ocupa la teoría y la metodología del derecho, son aquellos donde hay una discrepancia entre lo que la norma regula y lo que socialmente se considera necesario o «justo» regular.

Aún más problemáticos son los supuestos donde la norma resulta manifestamente desproporcionada o absurda, por ejemplo, por un error en la redacción, o porque ella se ha convertido en un instrumento para lograr fines abiertamente arbitrarios. En esos casos: ¿debe ella aplicarse (para mantener la «identidad de la sociedad») a pesar de las consecuencias prácticas que traiga en la vida de los individuos concretos? Según recuerdo este problema ha sido examinado históricamente en muchas ocasiones, inclinándose la balanza hacia un reconocimiento de que la norma considerada como arbitraria (más allá de lo que se vaya a entender por esto) no deberá aplicarse al caso particular. Al respecto es muy conocido el planteamiento de RADBRUCH (la llamada «fórmula de RADBRUCH»), según la cual:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debe resolverse de tal suerte que el derecho positivo, asegurado por la promulgación y el poder, mantenga también la primacía incluso cuando sea, en su contenido, injusto e inadecuado, al menos que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable y extrema que se convierta en un «derecho injusto», donde ya no se aspire siquiera a la justicia, y donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, sea negada conscientemente en la creación

³⁷ *Ibid.*, 5.

del derecho positivo, pues aquí la ley no solo es un «derecho injusto», sino que escapa a la naturaleza misma del derecho³⁸.

En todo caso, y más allá de si se esté o no de acuerdo con la solución de RADBRUCH al problema de las normas injustas, lo cierto es que JAKOBS, al formular planteamientos tan drásticos sobre la «vigencia de la norma», no considera expresamente posibilidades donde la vigencia normativa ha de ceder frente a otros requerimientos valorativos. Es cierto que el autor *no* indica, y sería atribuirle ideas que él *no* ha expresado, que la vigencia de la norma y la estabilidad del sistema normativo sean valores absolutos que no puedan ceder frente a otros criterios; sin embargo, el énfasis excesivo en este aspecto hace que exista una duda razonable sobre lo que allí se dice y sobre todo sobre las consecuencias prácticas que de allí se deriven si se aplicarán al pie de la letra, en la vida judicial, sus planteamientos.

2.2. Segunda idea: el concepto de bien jurídico

Uno de los conceptos primordiales del derecho penal es el concepto de *bien jurídico*. Respecto a esta noción no reiteraré acá las muchas definiciones posibles, así como sus respectivas imprecisiones y vaguedades, las cuales son abundantes en toda la dogmática penal, tal y como se vio en la crítica de las ideas de ROXIN. Lo que interesa por ahora es recoger lo que al respecto dice específicamente JAKOBS y examinarlo en sí mismo. Veamos.

Por eso —aún contradiciendo el lenguaje usual— se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal³⁹.

Y continúa agregando:

Lo que constituye una lesión de un bien jurídico-penal no es la causación de una muerte (ésta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable⁴⁰.

En este caso, lo que JAKOBS establece es simplemente una *definición estipulativa* de un concepto (el de bien jurídico), pero lo que no se contesta ahí son cuestiones fundamentales como las siguientes: ¿por qué «se debe definir» el bien jurídico en esos términos y no en otros? Es decir, ¿qué tipo de necesidad es la que allí impera: de tipo lógico, ontológico, estadístico...? Pero sobre todo resta saber ¿cuáles son las ventajas prácticas —si es que las hay— de definir el bien jurídico en los términos propuestos por JAKOBS y no en otros términos, por ejemplo, los propuestos por el propio ROXIN? Para dar una respuesta convincente a esta cuestión no basta, por supuesto, con estatuir unas presuntas ventajas en términos abstractos y esencialistas, sino que hay que mostrar, mediante algún tipo de evidencia, que esas ventajas se presentan para la solución de problemas concretos en la praxis del derecho penal. ¿Ha hecho esto acaso el iusfilósofo de Bonn?

³⁸ RADBRUCH, 1999, 216.

³⁹ JAKOBS, 1995: 35.

⁴⁰ *Ibid.*, 36.

Lo que a veces parece olvidarse (y no digo que JAKOBS lo olvide necesariamente) es que las definiciones conceptuales o lexicográficas, siempre tienen un fin puramente instrumental. Es decir, ellas siempre cumplen unos u otros propósitos formales dentro del marco teórico en el que se mueve su autor. De allí que no existan definiciones más verdaderas o menos verdaderas que otras. Por tanto, la discusión en torno a la validez epistemológica de una u otra definición del bien jurídico se revela como ociosa, pues de lo que se trata es de saber *cuáles ventajas comparativas*, sea en el plano del conocimiento teórico, sea en el plano empírico o lógico, aporta una definición respecto a la otra. Pero, al hacer esto, o sea, al preferir una definición sobre la otra, o al intentar convencernos que la definición (A) aporta más elementos explicativos que la definición (B), es el autor mismo de dicha definición el que tiene la carga de la prueba; o sea, es a él a quien le compete demostrar que efectivamente los aspectos que incluye su definición son los más importantes.

Por otro lado, dice JAKOBS que la «lesión de un bien jurídico-penal no es la causación de una muerte [...] sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable»⁴¹. Pero, ¿por qué se afirma —totalmente en contra del lenguaje ordinario— semejante cosa? Cuando en la vida cotidiana alguien dice que se ha cometido un homicidio, o unas lesiones, o una violación, o un robo violento, se tiene, por lo general, en la mente cosas como: la vida de la persona muerta, la integridad física, la libertad de autodeterminación sexual o la propiedad. ¿Qué se gana con decir que estos elementos no son los realmente importantes para definir el bien jurídico, sino que lo decisivo es la «oposición a la norma»? Pareciera que acá las personas están más bien al servicio de las normas (abstractas) y no las normas al servicio de las personas. Idea que a mí, en particular, me parece odiosa. A una concepción semejante de los tipos penales cabría denominar, de la mano de ALBERT, como mero «platonismo de las normas».

Sin embargo, hay una cuestión metodológica decisiva y en la que JAKOBS tampoco parece reparar lo suficiente. Se trata de lo siguiente: ¿Por qué dice JAKOBS que la lesión al bien jurídico consiste en la oposición a la norma? Es decir, ¿de dónde obtiene él ese conocimiento? ¿Se trata este saber de un dato que ha adquirido por vía de la experiencia o de la evidencia empírica? ¿O es más bien un postulado que se deriva, por vía lógica, de otros postulados también de tipo lógico y en los cuales existe algo así como una necesidad deductiva de algún tipo? Dicho con palabras algo drásticas: ¿qué razones tengo yo —o cualquier otro mortal— para creerle a JAKOBS lo que nos dice sobre cómo ha de entenderse el concepto de bien jurídico? Hemos de aceptar sus afirmaciones sobre la «vigencia de la norma», sobre el «bien jurídico», sobre la «configuración de la sociedad» (y otras alegorías por el estilo) simplemente porque sí o porque él las dice? ¿Se trata su afirmación de un postulado que se recibe por vía de la *intuición* o acaso de alguna suerte de «revelación místico-dogmática»? Y si no es así, ¿mediante cuáles procedimientos, de tipo lógico o empírico, es posible verificar o falsar racionalmente los resultados y conclusiones a las que llega el profesor alemán?

En definitiva: me da la impresión, aunque puede ser que no sea exactamente así, que lo que Günther JAKOBS establece como unos postulados jurídicos relativos al bien jurídico y a la vigencia de las normas son, en realidad, pseudo-proposiciones, o sea,

⁴¹ *Ibid.*, 6.

postulados encriptados por él, o *cripto-argumentos* como le llama SCHEUERLE, y respecto a los cuales no hay forma, al menos explícita, de verificarlos y, consiguientemente, de discutirlos de una manera razonable, por lo que devienen a la postre en *estrategias de inmunización* (ALBERT) frente a la crítica racional. Nos encontramos, pues, nada más y nada menos, que con unas *proposiciones de fe*, dirigidas, bien a creyentes *a priori* convencidos del culto al «sistema», bien a discípulos que aceptan las cosas simplemente porque algún autor famoso, en este caso JAKOBS, las dice, pero que, en realidad, no soportan un examen riguroso y con cabeza fría.

2.3. Tercera idea: el derecho penal del enemigo

Suele suceder en el mundo académico que un autor alcance renombre internacional por una o dos ideas sobre un determinado campo del saber; aunque no sean precisamente esas ideas las más importantes de su producción intelectual. Esto ha sucedido, me parece a mí, con JAKOBS. Él se ha dado a conocer, básicamente, por su doctrina del *derecho penal del enemigo* (*Feindstrafrecht*). Y sin embargo, no creo que esa sea la idea más importante o la más original de su trabajo académico; es más, estoy bastante convencido que es una tesis de segundo o tercer nivel teórico, la cual, además, no es para nada original. A esto me referiré luego.

Por ahora, baste únicamente con decir que la doctrina de JAKOBS sobre el derecho penal del enemigo ha generado, en los más distintos círculos intelectuales, una oposición y un rechazo sin precedentes en la historia reciente del derecho penal. Las críticas son legión y ya hay incluso múltiples monografías especializadas dedicadas exclusivamente a discutir lo que allí se dice⁴². De allí que yo, en lo personal, experimento alguna angustia por referirme a un asunto sobre el cual se ha escrito tanto, contribuyendo, aunque sea indirectamente, a que se debata más sobre una tesis que, repito, estimo de segundo o tercer nivel⁴³. Empero, mi excusa, si tal cosa cabe, está en que, desde mi punto de vista, no se ha enfatizado lo suficiente en ciertos elementos críticos a que referiré seguidamente. En todo caso, debemos preguntarnos: ¿Qué es lo que nos dice el Prof. JAKOBS sobre el derecho penal del enemigo, que ha causado tanto revuelo y molestia entre los juristas? En esencia, y dicho de la manera más llana posible, el problema de base es el siguiente:

En una comunidad humana cualquiera hay algunas personas que se comportan correctamente desde el punto de vista de las reglas sociales y otras no. Es decir, hay algunas personas que aceptan y siguen las normas del ordenamiento jurídico y hay otras que no lo hacen. Dentro del grupo de personas que no aceptan ni cumplen con las normas hay, adicionalmente, algunos otros individuos que llevan su comportamiento a extremos inaceptables para una gran mayoría; de tal manera que ya no solo se apartan del ordenamiento jurídico, sino que también buscan *destruir* con cualesquiera medios ese ordenamiento; como por ejemplo, los terroristas o los grupos fundamentalistas

⁴² Una compilación muy completa es la del propio JAKOBS y CANCIO MELIÁ, 2003.

⁴³ Advierto: con esto *no* digo que el problema de fondo sea irrelevante o no tenga importancia, digo simplemente que la solución y el planteamiento que se ha hecho no agrega mayor cosa de la que ya de por sí habían visto autores clásicos como HOBBS o el mismo KANT.

extremos. Para las primeras personas, o sea, aquellas que sí cumplen con el ordenamiento, se puede decir, afirma JAKOBS, que se aplica un derecho penal del *ciudadano*, mientras que para las segundas —las que quieren destruir el orden social— un derecho penal del *enemigo*. La denominación «derecho penal del enemigo», según la opinión del propio autor, no debe emplearse peyorativamente. Además, ambos modelos (el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo) han de ser interpretados como unos «tipos ideales».

Pero dejemos que sea el propio profesor de Bonn quien nos presentó el asunto:

Quando en el presente texto se hace referencia al derecho penal del ciudadano y al derecho penal del enemigo, ello [es] en el sentido de dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro [...] Por consiguiente, no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del derecho penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas de un solo contexto jurídico-penal⁴⁴.

Además, indica el autor alemán:

En segundo lugar debe acotarse con carácter previo que la denominación «derecho penal del enemigo» no es, por principio, peyorativa⁴⁵.

En cuanto a los conceptos de ciudadano y de enemigo dice JAKOBS:

Por tanto, el derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad y, por el otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad⁴⁶.

Los ciudadanos, que se comportan según el ordenamiento jurídico, afirmando así la «vigencia de la norma» y contribuyendo a la «configuración de la sociedad», se han de juzgar como «personas», mientras que los individuos que se apartan de la norma y rechazan con ello el sistema jurídico, son *no-personas*, o sea, enemigos. Citemos nuevamente a JAKOBS:

Un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona⁴⁷.

Y señala de seguido:

Por tanto, en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena, aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede [...] de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, derecho penal del enemigo...⁴⁸.

Dentro de la enorme cantidad de críticas que han recibido estas ideas de JAKOBS, se han dicho muchas cosas, como las siguientes: (1) El derecho penal del enemigo *no* es derecho (Bernd SCHÜNEMANN). (2) Un fantasma recorre los territorios del derecho penal: el fantasma del enemigo. JAKOBS cree haber descubierto a ese enemigo y lo ha declarado como existente en varios trabajos e incluso ha recomendado cómo hay que

⁴⁴ JAKOBS, 2004 (3/2004): 88.

⁴⁵ *Ibid.*, 88.

⁴⁶ *Ibid.*, 92.

⁴⁷ *Ibid.*, 92.

⁴⁸ *Ibid.*, 89.

lidiar con él (Karl Heinz GÖSSEL). (3) La semántica, desde todo punto de vista repulsiva, de un derecho penal del enemigo, no debería, para evitar grandes malentendidos, encontrar cabida en la terminología de la ciencia jurídico-penal (U. KINDHÄUSER). (4) El derecho penal del enemigo no debe existir (Demetrio CRESPO). (5) El derecho penal del enemigo «atenta contra la dignidad humana», incluso en supuestos de *lege ferenda* (VORNBAUM), etcétera.

¿Qué opino yo respecto a todo lo dicho?

¡No mucho! En lo personal no me impresionan ni las tesis de JAKOBS ni las de sus adversarios. Ni a favor de los Tirios ni de los Troyanos. Más bien creo que varias de las críticas apuntan hacia aspectos que podríamos llamar «cosméticos», o sea, secundarios, en la concepción del autor germano Y en cuanto a la propia doctrina del derecho penal del enemigo, repito, pienso que se asienta en gruesos malentendidos de diverso orden (discusión de palabras, definiciones estipulativas, definiciones persuasivas, indistinción entre el es y el debe, lenguaje y argumentos encriptados, etc.). Si se tratara de brindar mi opinión de la forma más directa y honesta posible a estos respectos, lo expresaría mediante las siguientes tesis puntuales:

Primera tesis: la discusión de moda sobre el derecho penal del enemigo está en vuelta con una buena dosis de pedantería e imprecisión conceptual. De uno y otro bando. Pocos se salvan. Se trata, en lo esencial, de un *fraude de las etiquetas*; o sea, de ponerle nombres nuevos a situaciones o problemas viejísimos y conocidos. De esta manera, autores de segunda línea alcanzan fama y notoriedad internacionales, consistiendo realmente sus presuntos aportes en la invención de una jerigonza lo suficientemente técnica y oscura como para embrollar a un buen grupo de seguidores acrílicos.

En el caso particular del derecho penal del enemigo, lo que se hace es, con el auxilio de algunas *fórmulas vacías* y de *definiciones persuasivas*, re-plantear el *antiquísimo* problema de qué hay que hacer con las personas que *no* aceptan un ordenamiento jurídico ni un determinado esquema de valores socio-culturales. Puesto en términos algo dramáticos, pero ilustrativos: ¿Qué hace un grupo de personas (por ejemplo, un Estado) cuando otro grupo de personas (unos terroristas) les indica que están dispuestos a destruir todo lo que ellos creen, piensan o hacen? Utilizando una imagen bien gráfica: ¿Qué hago yo si me encuentro a un asesino en serie en el patio de mi casa, amenazando con pistolas y granadas en mano, a mis hijos y esposa y, además, vociferando que no cree en mi sistema de valores, ni en mis dioses, ni en mis cultos, ni en mis virtudes, y que lo mandará todo al infierno si se le permite? ¿Qué hago con él: lo mato, lo encierro, le leo la Constitución Política o la Biblia? ¿Qué hago?

Este, y no otro es el *problema práctico de fondo*, sobre el cual ni los defensores ni los detractores del derecho penal del enemigo tienen la honestidad intelectual y la claridad metodológica para ofrecer respuestas o soluciones *concretas*. Las observaciones que suelen hacerse al respecto se quedan en un «cielo de los conceptos», o sea, de los *principios generales* (dignidad humana, Estado de derecho, garantías constitucionales o «vigencia de la norma», «identidad de la sociedad», «ciudadano», «persona», «no-persona»,...) pero sin llegar a ofrecer una respuesta puntual al interrogante planteado, por lo que cabría recordarles a estos autores la frase de E. GARLAN:

*When ultimate principles are appealed to, it is a sign that there is need for intelligence, vision, and investigation*⁴⁹.

Es bastante evidente que en abstracto uno puede dar diversas y sofisticadas soluciones a un problema como el indicado, pues al final de cuentas, es casi imposible que sobre máximas generales haya desacuerdos importantes; ya que los desacuerdos surgen únicamente cuando se ofrecen respuestas específicas a casos también específicos. Sin embargo, la verdadera dificultad, y el verdadero reto científico, está en otro lugar muy apartado de estas especulaciones: a saber, en la búsqueda de una *respuesta tecnológica*, en el sentido del racionalismo crítico, o sea, de una respuesta que se confirme en la realidad empírica de un ordenamiento jurídico concreto como la más idónea en razón de su reducido número de desventajas y de su amplio número de beneficios, considerados desde cierto plano valorativo. En esa ponderación, propia de una racionalidad instrumental, de costos y beneficios, es probable que surjan *antinomias valorativas*, es decir, que habrá que sacrificar inevitablemente unos valores para implementar otros al igual que habrá que decidirse, personalmente, por unos u otros criterios. Sin embargo, una solución que cubra todos los espectros de la realidad y que, adicionalmente, se presente como neutral, es irrealizable.

Segunda tesis: para evitar que la discusión sobre el llamado derecho penal del enemigo se convierta en una mera *discusión de palabras*, tal y como ya ha sucedido en buena medida hasta la fecha, es necesario distinguir dos posibles abordajes del asunto: un enfoque valorativo-ideológico-emotivizante, que es el que actualmente domina, y un enfoque esencialmente meta-valorativo o meta-ético. Ninguna de estas distinciones es abordada, explícitamente, en las tesis de JAKOBS.

— En el *plano valorativo* todo el mundo puede, si así lo desea, brindar su opinión personal sobre qué ha de hacerse con las personas que quieren destruir el sistema jurídico y ético dominante, por ejemplo, con los terroristas. De hecho, repito, la discusión actual se ubica básicamente en este nivel: alguien dice, por ejemplo, que a esos individuos hay que tratarlos como «enemigos» y limitarles sus garantías penales y procesales o incluso, llegado el caso, encerrarlos en prisiones especiales (tipo Guantánamo); y un grupo adverso de intelectuales dice que eso no debe hacerse pues atenta contra la dignidad de las personas y contra el derecho humanitario internacional. En fin: juicios de valor defendidos a la luz de consideraciones y gustos básicamente subjetivo-ideológicos de sus defensores.

— En un *plano descriptivo o meta-teórico* puede (aunque no necesariamente debe) enfrentarse el problema indicado de una forma valorativamente neutral e independiente de los gustos y preferencias personales del autor, presentando y discutiendo, por ejemplo, las respuestas o soluciones que históricamente se han brindado⁵⁰, las conse-

⁴⁹ GARLAN, 1941: 74 [cuando se apela a principios últimos, es un signo de que hay una necesidad de inteligencia, visión e investigación].

⁵⁰ Dice, ROUSSEAU, por ejemplo: «Todo malhechor, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en un rebelde y traidor de la patria, deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo». La opinión de KANT: «Si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un Estado legal), cada uno puede considerar como enemigo a quien le haya exigido esa seguridad, y por ello yo puedo obligarle a entrar en un Estado social-legal o a apartarle de mi lado». El parecer de HOBBS: «A los rebeldes, traidores y demás convictos de lesa majestad

cuencias prácticas que tiene adoptar una u otra solución, la definición estipulativa de los conceptos utilizados, etc.

De estas dos tesis se colige una última idea:

Tercera tesis: desde el plano meta-valorativo señalado en la segunda tesis, se puede concluir, a propósito del derecho penal del enemigo del Prof. JAKOBS y a título provisional, lo siguiente:

— El problema de los «enemigos» no lo inventó JAKOBS, ni ningún profesor alemán del siglo XXI, sino que es, como problema práctico de la interacción social, algo tan antiguo como la humanidad misma. Creo que en este aspecto el propio Prof. JAKOBS coincidiría conmigo, pues él en ningún momento, hasta donde yo sé, se ha atribuido la paternidad del asunto⁵¹.

— El lenguaje esencialmente disimulador de las discusiones actuales no agrega mayor cosa a ese problema, sino que más bien confunde y genera malentendidos, los cuales dan pie, a la postre, a la gran cantidad de escritos, congresos, seminarios, debates, que se organizan actualmente sobre el tema, pero que contribuyen muy poco a su solución.

— Los autores clásicos, como ROUSSEAU, HOBBS o KANT, quienes se han referido al asunto, tenían la virtud de que, primero, le daban una respuesta concreta al problema y, segundo, tenían el coraje de explicitar su posición valorativo-ideológica, cosa que rara vez sucede en la actualidad, pues nadie querría ser tildado de autoritario, de fascista o, peor aún, de «enemigo» del derecho penal de los ciudadanos.

— Cualquier discusión sobre los «enemigos» y los «ciudadanos» está, de antemano, condenada al fracaso, pues ambos conceptos son, en lo esencial, *definiciones persuasivas* que lo que generan es, más que una presentación racional del problema, un estado de ánimo emocional, inclinando nuestras creencias y convicciones casi automáticamente hacia un nivel vital. Adicionalmente, incluso si aceptásemos esa terminología ambigua como punto de partida, siempre prevalecerá el problema metodológico de saber cuáles son los criterios específicos para definir quiénes serán los «enemigos» y los «ciudadanos» y, más importante aún, *quiénes* son los llamados a definirlos y sobre qué parámetros específicos.

ya no se les castiga según el derecho civil, sino según el natural; esto es, no como a malos ciudadanos sino como a enemigos del Estado; y no como por derecho de gobierno o de dominio, sino por derecho de guerra.», citado en CHAN, 1187 a 1244 (1202-1204).

⁵¹ Al respecto nos dice CHAN, *op. cit.*, 1202: «Brevemente debe aclararse que si bien esta idea se encuentra presente en la perspectiva político criminal y en el pensamiento totalitario del régimen nacionalsocialista alemán, lo cierto es que la dicotomía *ciudadano versus enemigo* o *ciudadano versus extraño* o *peligroso* utilizada con los fines antes descritos, no es una creación o un monopolio de los nazis. Dicha idea en realidad encuentra sus raíces en algunos autores clásicos de la filosofía política y de la filosofía del derecho liberal. Por eso no es extraño que JAKOBS recurra a la cita de importantes autores clásicos como HOBBS y ROUSSEAU, y no a los autores panfletarios nazis de la escuela de KIEL, con el fin de sustentar la idea de que ciertos sujetos no deben ser tratados como personas sino como enemigos y de que el *status* de ciudadano, y los derechos que le asisten, solamente rigen para algunos».

3. A TÍTULO DE ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES (¡Y DE PROVOCACIÓN!)

Las principales conclusiones generales que yo quisiera extraer de este breve trabajo son las siguientes:

1. Tanto los escritos de Claus ROXIN como los de Günther JAKOBS han dado nuevos bríos a la discusión contemporánea sobre cuestiones jurídico-penales. Esto hay que reconocerlo humildemente. La dogmática penal alemana ha desplegado así sus influencias y efectos en casi todos los países de la tradición jurídico-continental, incluyendo los países de América Latina. Sin embargo, sobre la productividad real de esas discusiones, para efectos de la práctica misma del derecho penal y procesal penal, tengo muchas reservas y son, en realidad, los autores comentados quienes tienen la carga de la prueba sobre la fertilidad de sus aportes teóricos.

2. Si entendemos por una contribución novedosa al conocimiento científico la presentación de unos postulados teórico-cognitivos que modifiquen sustancialmente nuestra forma de ver la realidad o que expliquen problemas de maneras antes no contempladas, entonces hemos de advertir que las tesis discutidas en este trabajo (tanto las de ROXIN como las de JAKOBS) *no* son aportes realmente sustantivos al saber jurídico-penal de nuestro tiempo. No digo que dichos autores no puedan haber contribuido en otros aspectos particulares de la dogmática penal (por ejemplo, con la teoría de la imputación objetiva de ROXIN), sino que lo que digo es que sus reflexiones teórico-filosóficas, por las que ellos son mayormente conocidos a nivel internacional, son en realidad ideas de segundo orden, que plantean, en lo esencial, tópicos conocidos hace ya mucho tiempo en la teoría del derecho, en la teoría del Estado o en la filosofía política.

3. La dificultad principal que yo observo en las dos doctrinas expuestas radica en el amplio nivel de *generalidad* con que ellas se formulan. Las definiciones brindadas, por ejemplo, las definiciones de bien jurídico, de política criminal, de orientación teleológica, de derecho penal del enemigo, de derecho penal del ciudadano, de estabilización de la norma penal, de configuración de la sociedad, son, vistas con frialdad, *fórmulas vacías* y *definiciones persuasivas* elaboradas por sus autores de una manera estipulativa, pero con pretensiones, al parecer, de universalidad o generalidad. No se brindan en ellas criterios intersubjetiva y racionalmente debatibles que sirvan para validarlas o, llegado el caso, para refutarlas o falsarlas en la praxis real del derecho penal, por lo que la pregunta formulada en el título de este artículo debe contestarse negativamente: No. La dogmática no necesita de esos «encantamientos del lenguaje» si lo que se quiere es hacer avanzar, en algún grado, el nivel de discusión racional.

4. Aparte de lo indicado sobre el nivel de abstracción y generalidad de las ideas expuestas por ROXIN y JAKOBS, cabe señalar, en especial para el caso de JAKOBS, que muchos de sus planteamientos simplemente no se entienden o, en el mejor de los supuestos, se prestan para grandes mal-entendidos. Ese aspecto es, indudablemente, una lástima, pues JAKOBS entonces genera la impresión de ser una especie de Oráculo que quiere intimidarnos con su lenguaje, y si uno está dispuesto a leer y tratar de comprender sus argumentos, entonces se topa con dificultades casi insalvables.

5. Concluyo, de forma algo dramática, con una expresión de Burkhardt que quizás venga al caso: «Para lograr algo minúsculo, la historia [del derecho penal] necesita muchas veces unos desplantes enormes y un ruido infernal»⁵².

4. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA CITADA

- ALBERT, H., 2000: *Kritischer Rationalismus. Vier Kapitel zur Kritik illusionären Denkens*, Tübingen: UTB für Wissenschaft, Mohr Siebeck.
- ARNOLD, Th., 1962: *The Symbols of Government*, New York, Burlingame: A Harbinger Book.
- BOUVERESSE, J., 2001: *Prodigios y Vértigos de la Analogía. Sobre el abuso de la literatura en el pensamiento*, prólogo de A. SOKAL y J. BRICMONT, Argentina: Libros del Zorzal.
- BURCKHARDT, J. (sin año de edición): *Weltgeschichtliche Betrachtungen. Über geschichtliches Studium*, J. FEST y W. J. SIEDLER (eds.), Berlin: Darmstadt, Wien: 227-228.
- CHAN, G.: «De la hipocresía del derecho tutelar al cinismo del derecho penal para enemigos. (Políticas criminales autoritarias y algunas de sus manifestaciones en el proceso penal juvenil costarricense)», en: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, en VVAA: *Derecho Procesal Penal Costarricense*, San José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1187-1244.
- GARLAN, E., 1941: *Legal Realism and Justice*, New York: Columbia University Press.
- HABA, E. P., 2006: *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*, Madrid: Dykinson.
- 1996: «Standortbestimmung zeitgesössischer Rechtstheorie -Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der "Heiligen (Rede) Familie"», en *Rechtstheorie*, 27, Berlin: Duncker & Humblot, 277 y ss.
- JAKOBS, G., 1995: «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken, oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?», en *ZStW*, 107.
- 2004 (marzo): «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht», en *HRRS* (3/2004).
- 2004: «La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente», en *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, traducción de Teresa Manso Porto, Madrid: Civitas.
- 2993: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Auflage, Berlin, New York: De Gruyter.
- POPPER, K., 1984: «Gegen die großen Worte», en *Auf der Suche nach einer besseren Welt*, München, Zürich: Pieper.
- RADBRUCH, G., 1999: *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, UTB für Wissenschaft, Heidelberg: C. F. Müller.
- ROXIN, C., 1973: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, New York: Auflage, Walter de Gruyter, 2.
- 1997: *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen und Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. München: Auflage, Verlag C. H. Beck, 167-168.
- SALAS, M. E., 2011: *Yo me engaño, tú te engañas, él se... Un repertorio de sofismas comunes en las ciencias sociales*, San José, Costa Rica: Isolma.
- 2005: *Kritik des strafprozessualen Denkens. Rechtstheoretische Grundlagen einer (realistischen) Theorie des Strafverfahrens*, Munich: Verlag C. H. Beck, Münchener Universi-

⁵² *Weltgeschichtliche Betrachtungen. Über geschichtliches Studium*, editado por: J. FEST y W. J. SIEDLER, sin año de edición: 227-228.

- tätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris, Peter Lerche, Claus Roxin, Band, 194.
- SALMON, Ch., 2008: *Storytelling. La máquina de fabricar historias y formatear las mentes*, traducción de Inés Bértolo, Barcelona: Península.
- TOPITSCH, E., 1988: *Erkenntnis und Illusion. Grundstrukturen unserer Weltauffassung*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 29.
- 1960: «Über Leerformeln. Zur Pragmatik des Sprachgebrauches in Philosophie und politischer Theorie», en E. TOPITSCH (ed.), *Probleme der Wissenschaftstheorie*, Wien: Festschrift für Viktor Kraft.
- WEBER, Max, 1985: *Wissenschaftslehre*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 6. Auflage, 540.