

## ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA (AUTO)LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL ¿ES EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD ABORDABLE DESDE UNA PERSPECTIVA SISTÉMICO-CONSTRUCTIVISTA?\*

JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT\*\*

**RESUMEN:** En este breve artículo se intenta abordar la discusión acerca de la legitimidad del Derecho Penal, desde una perspectiva funcionalista. La comprensión del Derecho Penal como un (sub)sistema social permite incorporar a los paradigmas legitimatorios los principios explicativos del constructivismo operativo. De este modo, los mecanismos de legitimidad resultan un logro evolutivo del sistema que, acoplado estructuralmente al entorno, debe navegar adaptándose a sus necesidades funcionales de mantención. Con estas premisas se analizan estructuras como el principio de legalidad (legitimidad formal) y los principios de humanidad de las penas, de culpabilidad y de protección exclusiva de bienes jurídicos (legitimación formal).

**Palabras clave:** Derecho penal - principio de legalidad - legitimación.

**ABSTRACT:** In this brief article it is tried to approach the discussion about you legitimize to him of the penal Right, from a functionalist perspective. The understanding of the Penal Right like social deputy sistem, allows to incorporate to the legitimatorios paradigms the explanatory principles of the operative constructivism. This way, the legitimacy mechanisms are an evolutionary profit from the system that, connected structurally to the surroundings, must sail adapting to its functional necessities of maintenance. With these premises structures like the principle of legality (formal legitimacy) and the principles of humanity of the pains, culpability and exclusive protection of legally protected interests are analyzed (formal legitimation).

**Key words:** Penal law - legality principle - legitimation.

### I. LA GENERACIÓN DE ESTRUCTURAS DE LEGITIMACIÓN COMO OPERACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO-PENAL

#### 1. GENERALIDADES

Hablar de la legitimación del Derecho penal, es hablar de la razón, en términos sociales, de su existencia<sup>1</sup>. En otros términos, la pregunta acerca de *cómo* ha de operar el Derecho penal no puede desvincularse de la pregunta acerca de *para qué* existe el Dere-

\* Artículo incorporado en la obra colectiva editada en España "Derecho penal y teoría de sistemas", Comares, Granada, en prensa. Agradezco al Prof. Dr. Carlos Gómez-Jara Díez (ed.) su autorización para publicarlo en Chile.

\*\* Profesor de Derecho Penal. Universidad de los Andes.

<sup>1</sup> En sentido análogo cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, p. 181. Cfr., además, BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, 5ª ed. (Madrid 1998), pp. 7-8. En términos generales -y certeros- vid. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 2* (Opladen 1975), p. 60: "un sistema existe en tanto cumpla una función".

cho penal<sup>2</sup>. Una perspectiva como esta resalta de inmediato la estrecha vinculación de la legitimidad del sistema de imputación y el cumplimiento de su función<sup>3</sup>. En palabras simples, si la sociedad ha diferenciado un sistema cuya función es mantener estables ciertas expectativas sociales, dicho sistema operará (y, en definitiva, existirá) legítimamente, siempre que su operación se oriente al desempeño de dicha función. Cualquier camino diverso que siga la operación del sistema, redundará inmediatamente en la pérdida de su legitimidad<sup>4</sup>.

Pero esta mera declaración es a todas luces insuficiente. Afirmar que la función del sistema jurídico-penal es la estabilización de *ciertas* expectativas sociales es demasiado vago como para hacer pender de ello la legitimación del sistema. Es preciso determinar qué expectativas sociales son las que han de protegerse. Es evidente que en este punto radica la pregunta crucial de todos los modelos explicativos del sistema penal: dónde debe operar el sistema jurídico penal, qué comunicaciones le competen o, en términos usuales (aunque no por ello menos imprecisos), cuáles son los bienes a los que debe otorgar su protección.

La pregunta desborda ampliamente las posibilidades de estas notas, pero tampoco puede evadirse sin más. Si hay una carencia frecuentemente reprochada a los modelos explicativos que se mueven en el ámbito comunicativo —como aquel que aquí se suscribe—, es que son incapaces de criticar determinadas operaciones del sistema (declaradas intervencionistas) si ellas contienen un cierto respaldo del sistema social que las diferencia. En otros términos, es común la afirmación de que un modelo explicativo de esta naturaleza pierde toda capacidad crítica respecto del autoritarismo e incluso el despotismo incriminador si tras él puede encontrarse un cierto respaldo social<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, en "Estudios de Derecho Penal" (Madrid 1997) p. 366, lo ha puesto claramente: "Una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado".

<sup>3</sup> Desde esta perspectiva — eminentemente funcional— se superan las críticas de SERRANO VILLAFANE, *Fundamentación metafísica del Derecho en el realismo filosófico*, en "Persona y Derecho" 9 (1992) pp. 136-137, cuando afirma que para la sociología solo es Derecho el que en la realidad obtiene una aplicación eficaz (de hecho) y que no puede responder adecuadamente al problema de la validez. Como veremos, la mantención del sistema orientado al cumplimiento de su función sirve como base del juicio de legitimidad más allá de la operación fáctica del sistema jurídico.

<sup>4</sup> Acerca de los problemas terminológicos que pueden presentarse en este punto para diferenciar "funciones" y "fines" vid., solo a modo de ejemplo, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención* (Madrid 1990) pp. 287 y ss.; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Valencia 1989, pp. 89; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG (5ª ed. (Valencia 1996) pp. 800 y ss. No tomamos ningún partido en este debate, pues ya optaremos por un concepto de "función". Sobre esto, en todo caso, vid. Piña Rochefort, *Rol social y sistema de imputación*, Bosch (Barcelona, 2004).

<sup>5</sup> Y, como afirma LUZÓN PEÑA, *Prevención general y psicoanálisis*, en MIR PUIG (ed.), "Derecho penal y ciencias sociales" (Bellaterra 1982) p. 149, incorporando el problema de determinar qué se entiende por respaldo social (¿toda la sociedad, la mayoría, o simplemente los grupos dominantes?). El carácter autoritario de la prevención general positiva ha sido denunciado, entre otros, por MIR PUIG, *Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva*, en ADPCP XXIX, 1986, p. 57; BARATTA, *Prevención-integración: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica* (trads. García-Méndez/Sandoval Huertas), en CPC (1984) p. 549; ZAFFARONI, *El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídicopenales*, en "Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor" (Santiago de Compostela 1989) pp. 759 y ss.

Entendemos, sin embargo, que esta carencia puede resolverse. Obviamente el solo intento de una solución es imposible en este lugar. De lo que se trata aquí es de ubicar los mecanismos de legitimidad en la operación del sistema jurídico-penal de modo que dicha legitimidad pueda garantizarse al máximo. Si ello es posible, la afirmación de que una explicación funcional del Derecho penal no puede sustraerse de la irracionalidad y el autoritarismo será infundada.

## 2. EL SISTEMA JURÍDICO-PENAL COMO DESTINATARIO DE EXPECTATIVAS

La primera pregunta que hay que hacerse, aunque la respuesta solo pueda estimarse parcial, es qué expectativas son las que protege el sistema jurídico penal. Generalmente los modelos funcionalistas responden a esta interrogante otorgando determinadas características a las expectativas, que atañen directamente a su "importancia social". Desde esta perspectiva se dice que se protegen las expectativas "fundamentales", "esenciales", "básicas", etc., sobre las que se estructura la vida en sociedad. Sin duda esto es correcto, pero no otorga ningún criterio definido, sino más bien una declaración de principios conforme con la fragmentariedad, *ultima ratio* y subsidiariedad del sistema jurídico penal.

El eje de la discusión acerca de la legitimidad no gira solo en torno a las "clases" de expectativas garantizadas, sino que, muy especialmente, a "quiénes" son los destinatarios de esas expectativas. Este problema generalmente se elude —o se da erradamente por supuesto—, pues lo primero que parece suponerse es que dichos destinatarios son los *participes de la vida en sociedad*, es decir, las personas<sup>6</sup>. Sin embargo, hay razones para suponer que el problema es largamente más complejo.

Una de las primeras consideraciones que hay que tener presentes es que, en el actual grado de diferenciación social, las expectativas que han de mantenerse estables para el adecuado funcionamiento de la sociedad no solo se dirigen a "personas" sino también a otros sistemas sociales —como las interacciones, las organizaciones y la sociedad<sup>7</sup>—. Nadie podrá negar que las organizaciones son destinatarias de expectativas (por ejemplo las empresas, las corporaciones, etc.) respecto de su funcionamiento. De hecho, en caso de defraudación, ellas sufren —cuando menos— sanciones administrativas. Sin embargo, no solo ellas, sino también otras formas de sistema social —como las interacciones— son destinatarias de expectativas. Estas se les dirigen tanto por parte de los que participan en ellas como de terceros que, sin tomar parte, las presencian como observadores de segundo orden. A modo de ejemplo, tanto aquellos que forman fila para comprar el pan como aquellos que miran desde afuera esa fila mientras se deciden a entrar "esperan" determinadas cosas de la interacción "hacer fila" (como que se respetará el *prior tempore potior iure*). Si esto resulta difícil de negar, no queda más que afirmar

<sup>6</sup> Sean estas "personas naturales" o, en algunos ordenamientos, "personas jurídicas".

<sup>7</sup> Respecto de esta tipología de sistemas vid. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 2.*, p. 10. Cfr., además, *Soziale Systeme* (Frankfurt a. M. 1984) pp. 551 y ss. Una breve síntesis de la tipología general de sistemas de raigambre luhmanniana puede encontrarse en NAVAS, *La teoría sociológica de Niklas Luhmann* (Pamplona 1989) pp. 140-153 y en nuestro trabajo, *Rol social y sistema de imputación*, §§ 39 y ss.

que el resto de los (sub) sistemas sociales que operan en la sociedad deben correr la misma suerte, es decir, también son destinatarios de expectativas.

Desde la óptica de los sistemas sociales, el sistema del Derecho puede entenderse como un (sub) sistema del sistema de la sociedad, o bien un sistema parcial<sup>8</sup>. Incluso, si se quiere, puede entenderse como una parcela de comunicaciones dentro del sistema social. Esta parcela de comunicaciones se reproduce a sí misma (autopoieticamente) y su unidad está dada por su propia operación, no por el entorno<sup>9</sup>. En otros términos son las propias operaciones del sistema las que establecen sus fronteras. Solo ellas, conforme a sentido, determinan qué es sistema y qué es entorno, o lo que es lo mismo, determinan qué comunicaciones son Derecho y cuáles no<sup>10</sup>.

Luego, el sistema jurídico, así como el sistema político, o el sistema económico, también son destinatarios de expectativas susceptibles de verse defraudadas. Del mismo modo, muchas de esas expectativas también han de verse contrafácticamente estabilizadas por parte del sistema jurídico, en caso de su defraudación (de hecho, operaciones del Derecho reestabilizan expectativas defraudadas por el sistema económico, como en la ordenación de las relaciones laborales; o del sistema político, como en la ordenación del financiamiento de los partidos; o del sistema religioso, como cuando se protege la libertad de cultos, etc. ). Es más, *llevando el punto al máximo grado de autorreferencia, el*

---

<sup>8</sup> Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt a. M. 1995) pp. 33-34; EL MISMO, *Ausdifferenzierung des Rechts* (Frankfurt a. M. 1981) pp. 35 y ss. y, especialmente respecto del Derecho positivo, *Rechtssoziologie* (Hamburg 1972) p. 217 y ss.

<sup>9</sup> Es imprescindible hacer presente que la incorporación del concepto biológico de la autopoiesis desarrollado por Humberto Maturana no es en caso alguno pacífica. De hecho hay grandes discrepancias entre los caminos teóricos de Maturana y Luhmann. Cfr. RODRÍGUEZ, *Elementos para una comparación de las teorías de Maturana y Luhmann*, en "Estudios Sociales" 54 (Santiago de Chile 1986) pp. 9-30. La base de los planteamientos de Maturana se encuentra en sus investigaciones acerca del sistema nervioso y en las que concluyó que este era un sistema cerrado incapaz de importar información del entorno. Ello da un violentísimo golpe al paradigma de la "objetividad científica". Cfr. MATURANA, *La ciencia y la vida cotidiana: la ontología de las explicaciones científicas*, en Watzlawick/Krieg (comps. ), "El ojo del observador. Contribuciones al constructivismo" (Barcelona 2000) pp. 166 y ss.; EL MISMO, *Biología del fenómeno social* (Santiago de Chile, 1985) (cit. por RODRÍGUEZ/ARNOLD, *Sociedad y teoría de sistemas*, p. 54). Respecto de todo esto cfr., además, MATURANA, *Erkennen die Organization und Verkörperung von Wirklichkeit* (Braunschweig 1985) p. 136; STRAUCH, *Wie Wirklich sehen wir die Wirklichkeit*, JZ 21 (2000), pp. 1023-1024 y RODRÍGUEZ/ARNOLD, *Crisis y cambios en la ciencia social contemporánea*, en "Estudios Sociales" 65 (Santiago de Chile) 1990, pp. 21-23. Para una sencilla y contundente crítica del camino epistemológico que se sigue hasta negar la existencia del "mundo exterior", cfr. SEARLE, *La construcción de la realidad social* (Barcelona 1997) pp. 167-168, quien la cataloga de "falacia genética".

Actitudes hostiles hacia la incorporación de la autopoiesis al fenómeno social pueden encontrarse en V. FOERSTER en un reportaje publicado en *Genealogies de l'auto-organisation*, en "Cahier N° 8 du C.R.E.A." (París 1985) p. 263. Bastante más flexible, aunque sin aceptarla en los términos luhmannianos y definiéndola no como autopoiesis sino como un caso especial de clausura organizativa, VARELA, *Describing the logic of the living: the adequacy and limitations of the idea of autopoiesis*, en Zeleny (ed.) "Autopoiesis: a Theory of living organization", North Holland (Nueva York 1981) pp. 36-48. Vid., con referencias, CAPRA, *La trama de la vida* (Barcelona 1998) p. 223.

<sup>10</sup> En principio, todo lo que aquí se diga respecto del sistema del derecho es aplicable al (sub) sistema del derecho penal, entendiéndolo como una parcela de comunicaciones del sistema del derecho. Nos reservamos —de momento— una toma de posición respecto de si el (sub) sistema de imputación ha alcanzado verdaderamente la reproducción autopoietica o si solo da muestras de una creciente clausura operativa.

*sistema del Derecho incluso debe estabilizar expectativas que se le dirigen a él mismo*, pues la sociedad que lo ha diferenciado ha estimado que dichas expectativas son fundamentales para su normal operación. Solo una vez que se es consciente de esto es posible observar los mecanismos a través de los cuales se mantiene la diferenciación del sistema jurídico (*Erhaltung der Ausdifferenzierung des Rechtssystems*)<sup>11</sup>.

Para entender esto puede resultar útil tener presente que la diferenciación del sistema consiste, en términos abstractos, en la asignación de funciones de un mayor grado de especialización a una serie de comunicaciones que lo integran. Existe un momento evolutivo en que se rompe el "equilibrio de especialización". Esta quiebra se produce cuando las funciones asignadas a una serie de comunicaciones del sistema superan el umbral de complejidad del sistema que los ha diferenciado. Naturalmente, no es un problema de superación de la *media de complejidad*, porque la complejidad nunca se distribuye uniformemente dentro de los sistemas<sup>12</sup>, sino que es una superación capaz de agruparse bajo las posibilidades de un código propio<sup>13</sup>. Cuando se dan ambos requisitos<sup>14</sup>, se produce una diferenciación dentro del sistema y se decanta un nuevo (sub)sistema.

En términos descriptivos, este proceso de diferenciación siempre consiste en la internalización de la diferencia entre sistema y entorno<sup>15</sup>. Desde este punto de vista, lo que ocurre es que al quebrarse el equilibrio de especialización se constituye una parcela de comunicaciones cuyo nivel de complejidad es muy superior al sistema del que forma parte<sup>16</sup>. La diferenciación de un código propio, y con ella la delimitación de fronteras entre esa parcela de complejidad alta y el resto del sistema, produce una fuerte reducción de dicha complejidad. La diferenciación del nuevo sistema estructura esa complejidad, y así es posible procesarla mediante la distinción entre el sistema y el entorno. En efecto,

<sup>11</sup> Cfr. LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. Otto Pardo) (Madrid, 1983) p. 40.

<sup>12</sup> Cfr. MORIN, *Complexity*, en "International Social Science Journal" 26 (1974) p. 569.

<sup>13</sup> Esto puede ilustrarse mediante el concepto de "propiedades emergentes", acuñado por C. D. Broad en la década del veinte del siglo pasado. Según este, existen propiedades que surgen en ciertos niveles de complejidad, pero que no se dan en niveles inferiores. Un ejemplo clásico es el del sabor del azúcar, que así como se encuentra en ella, no se encuentra en los átomos del carbón, hidrógeno y oxígeno que la componen. Respecto de estas propiedades vid. la breve pero acertada síntesis de CAPRA, *La trama de la vida*, pp. 46-48. Este mismo principio puede aplicarse a los sistemas sociales. Cuando se decanta un nuevo sistema por la quiebra de especialización, el código de este nuevo sistema es una propiedad emergente. Dicha propiedad no se encontraba presente en el nivel inferior de complejidad, pero aparece en cuanto se diferencia el nuevo sistema. En el ejemplo que nos interesa, el código conforme/disconforme con el derecho, es una propiedad emergente que surge cuando se diferencia el sistema jurídico. Antes de que ello ocurra, no hay ninguna valoración en esos términos que realice el sistema social.

<sup>14</sup> Cfr. PRIETO NAVARRO, *La teoría de sistemas de Niklas Luhman y el Derecho*, en GARCÍA, Amado, "El Derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales", Madrid 2001, p. 339 y GARCÍA AMADO, *¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal*, en "Doxa" 23 (2000), p. 239.

<sup>15</sup> La distinción entre sistema y entorno se vuelve a aplicar a lo distinguido (el sistema). Sobre todo esto, capital, SPENCER BROWN, *Laws of form* (Nueva York 1979) pp. 69-76; 102-106. Vid., además, LUHMANN, *Soziale Systeme*, p. 230.

<sup>16</sup> En el caso de la diferenciación del sistema jurídico, este quiebre del equilibrio de especialización se ha observado en forma de revolución. Vid., en este sentido, BERMANN, *Recht und Revolution: der Bildung der westlichen Rechtsstradition* (Frankfurt 1991) *passim*, quien la sitúa entre los ss. XI y XII.

respecto de dichas comunicaciones la reducción de complejidad es tal, que al diferenciarse el (sub) sistema se alcanza nuevamente una diferencia de complejidades en que el entorno es más complejo que el sistema (al menos en algún sentido). En el caso del sistema jurídico, este proceso de diferenciación en torno a un código propio –un “código jurídico”<sup>17</sup>– puede comenzar a vislumbrarse históricamente cuando comienzan a perder terreno las argumentaciones *ad hoc* y *ad hominem*<sup>18</sup>.

Las estructuras de un determinado sistema surgen evolutivamente de un modo análogo. En algún momento de su evolución se diferencian estructuras que optimizan su operación de modo de no tener que preguntarse nuevamente cuáles son todas sus posibilidades de operación. En otros términos, la formación de estructuras permite que el sistema dé por sentadas determinadas reacciones sin necesidad de grandes pérdidas de energía.

Estas estructuras permiten la suficiente dirección interna (*innere Führung*) de modo que ante el sinnúmero de posibilidades se opte por un determinado enlace teniendo una especie de “velo” que oculta el resto de las posibilidades existentes<sup>19</sup>. De este modo, el sistema se libera de tener que reproducir con cada nueva situación, todos los cursos posibles de acción<sup>20</sup>.

Por otra parte, las estructuras sociales están íntimamente ligadas a la noción de expectativa. Dichas estructuras son, de hecho, estructuras de expectativas (o de expectativas de expectativas)<sup>21</sup>. Esas expectativas se producen al limitarse el espacio de posibilidades, esto es al estructurarse la complejidad. Si la estructura es capaz de reducir un gran número de posibilidades mediante el ocultamiento de muchas de ellas, lo que queda es *lo que se espera*<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Como lo denomina acertadamente SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag der Einheitigkeit der Zurechnung von Tun und Unterlassen* (Berlín 1999) pp. 55. En rigor, este código funciona binariamente con dos valores: jurídico/antijurídico (*Recht/Unrecht*). Sobre ello vid., por todos, LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 165 y ss.; EL MISMO, *Die Codierung des Rechtssystems*, en *Rechtstheorie* 17 (1986).

<sup>18</sup> Desde esta perspectiva, un germen de diferenciación ya puede encontrarse en el Derecho civil romano. La contracción de los argumentos *ad hoc* o *ad hominem* contrae a su vez la codificaciones extrajurídicas de otros sistemas sociales (estratificación, relaciones de parentesco, clientelismo, etc.). El Derecho comienza a referirse a sí mismo. Vid., al respecto, LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 26 y ss., con referencias en nota 52. Especialmente respecto del *Common Law*, puede consultarse el clásico trabajo de HOLMES, *The path of law*, *HLR* 10 (1897), pp. 457-478.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> PRIETO NAVARRO, *La teoría de sistemas de Niklas Luhman y el Derecho*, p. 337.

<sup>21</sup> Cfr. LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 396-397. Sobre esto nos hemos extendido en PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, § 21.

<sup>22</sup> Cfr. LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 397. Esto puede entenderse de la siguiente manera: tanto los sistemas psíquicos como los sociales reaccionan frente a las irritaciones provenientes del entorno. Esas reacciones demuestran una capacidad de los sistemas de generalización, o en otros términos, muchas veces el sistema reaccionará de un mismo modo ante estímulos o irritaciones externas, generalizando grupos de reacciones a grupos de estímulos. Esa generalización de reacciones formará una estructura, y ella implicará, desde su formación, también una generalización de expectativas respecto de sus reacciones frente a estímulos futuros. Cfr. LUHMANN, *Introducción a la teoría de sistemas* (Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate) (México 1996) pp. 238 y ss. Con esto la teoría de Luhmann vuelve a distanciarse del modelo cibernético ya que a idénticos inputs puede generalizar *outputs* diferentes y viceversa según el estado de sensibilidad del sistema.

Todo esto debe enlazarse, como ya lo hemos afirmado, con el hecho de que la legitimidad del sistema jurídico pende de que se mantenga fiel al cumplimiento de su función. Esto significa que dicho sistema no solo deberá mantener estabilizadas las expectativas dirigidas a otros partícipes de la operación social<sup>23</sup>, sino que deberá mantener estabilizadas también las que se le dirigen a él mismo. *Si el sistema debe mantener su operación dentro del marco de su función, es preciso que cuente con mecanismos especializados para ello*<sup>24</sup>. Es por esto por lo que el sistema debe *diferenciar estructuras que orienten sus operaciones* de modo de mantener su reproducción autopoiética dentro de los límites de la función que le corresponde. *De dichas estructuras pende que el sistema opere legítimamente*

### 3. LAS ESTRUCTURAS DE LEGITIMIDAD

Con el objeto de mantenerse dentro del marco de su función, el sistema jurídico diferencia una serie de *estructuras de sentido*, por medio de las cuales otorga coherencia a sus operaciones orientándolas siempre en la línea de su función social. Desde la perspectiva de una observación de segundo orden, estas pueden denominarse *estructuras de legitimidad*. A través de ellas, el sistema mantiene estables las expectativas que se le dirigen. Estos mecanismos de autolegitimación son un logro evolutivo. Antes de su formación por parte del propio sistema jurídico –y esto resulta palmario en las culturas prejurídicas– se debía inyectar en los textos una semántica adicional (habitualmente de carácter religioso) generalmente referida a una fuente de legitimidad externa, anterior e inalcanzable y a los correspondientes mitos fundacionales<sup>25</sup>.

Estas estructuras de legitimidad pueden ser clasificadas<sup>26</sup> como estructuras de legitimidad formal y estructuras de legitimidad material. No existe ningún principio en su diferenciación (de hecho un principio es ya una estructura), sino simplemente aparecen evolutivamente<sup>27</sup>. Tienen un carácter emergente, de modo que aparecen en cuanto el sistema alcanza determinados grados evolutivos<sup>28</sup>. Son estructuras de legitimidad formal –entre otras– la sujeción estricta al principio de legalidad, tanto para la definición de las conductas prohibidas (garantía criminal del principio de legalidad) como de sus

<sup>23</sup> Las expectativas dirigidas a *Alter* y por las que se orienta *Ego*.

<sup>24</sup> Obviamente, el primero de esos mecanismos es el código binario que fija los límites de su operación. Cada vez que el sistema lo aplica y tematiza solo respecto de comunicaciones que según él le competen, está (auto)acotando su marco operativo y evitando tematizar comunicaciones que no le son propias. Sin embargo, hemos afirmado que dicha codificación binaria no es suficiente para orientar todas sus selecciones (ni permite juzgar si el código ha sido aplicado correctamente).

<sup>25</sup> Esta legitimidad se asociaba frecuentemente al "actuar conforme a la voluntad de Dios". Vid., de un modo similar, LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 251. Sin embargo, no es preciso retroceder tanto para encontrar ejemplos: baste recordar la teoría del *original intent* de los "padres fundadores", en la historia constitucional norteamericana.

<sup>26</sup> "Pueden ser clasificadas" puesto que el sistema del Derecho penal solo conoce sus estructuras y la denominación de "estructuras de legitimidad" así como toda ulterior clasificación supone una observación de segundo orden que al sistema jurídico-penal no empuja.

<sup>27</sup> De hecho, ni siquiera es pensable que aquí sean enumerados todos ellos. Simplemente se seleccionarán algunos para ilustrar aquellos aspectos relevantes.

<sup>28</sup> Vid. C. D. Broad, como en nota 13.

sanciones (garantía penal del principio de legalidad); la sujeción al principio del debido proceso para la determinación de la existencia de la conducta prohibida y la determinación de la sanción adecuada (garantía de jurisdicción); la sujeción al principio por el que la ejecución de la sanción se verificará de acuerdo a la predeterminación legal (garantía de ejecución)<sup>29</sup>. Son estructuras de legitimidad material —entre otras— la propia construcción dogmática, la autolimitación del sistema a la existencia de “bienes jurídicos” que proteger, la subsidiariedad, la fragmentariedad, la “humanidad de las penas”, la proporcionalidad, la culpabilidad, etc.

Ante la afirmación de que el sistema jurídico-penal es también destinatario de expectativas se producen varias consecuencias relevantes. En primer lugar es posible afirmar que todas las operaciones del sistema deben orientarse al cumplimiento de la función para la que se han diferenciado, de modo que el sistema opere legítimamente. Ello implica que no son solo aquellas que imponen penas, sino también aquellas que no lo hacen. En otros términos, *es un error identificar la función del Derecho penal con la función de la pena*<sup>30</sup>. La función del sistema jurídico-penal, de estabilización de expectativas, no solo se verifica cuando se impone una pena (o medida de seguridad), sino también cuando no se aplica ninguna de ellas, por ejemplo, por haber operado alguna de sus estructuras de legitimidad. Es decir, tanto la pena (P), como la no-pena (-P), forman parte de la función del sistema jurídico penal. En un ejemplo sencillo: es tan perturbador de la normatividad social el hecho de quedar impune un homicida que ha obrado culpablemente, como el hecho de condenar a una persona por un hecho no tipificado legalmente. Luego, la estabilización de la norma se produce a ambos lados de la distinción. El Derecho penal cumple su función y, por tanto, opera legítimamente, tanto cuando se castiga al homicida como cuando no pena a quien ha cometido una conducta que, aunque lesiva para los intereses sociales, no estaba tipificada<sup>31</sup>.

Es preciso mantener a la vista, entonces, que las expectativas no se dirigen solo al *alter* en cuanto “otro yo”, sino que se dirigen también al sistema social que debe juzgar la defraudación de esas expectativas. De hecho, todo lo que habitualmente se enmarca bajo el rótulo de “principios garantísticos”, no son sino la forma institucionalizada de las

<sup>29</sup> Vid., sobre todas estas estructuras, el trabajo de BARATTA, en Kayser/Kury/Albrecht (eds.), *Kriminologische Forschung*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Friburgo 1988) pp. 521 y ss.

<sup>30</sup> En el mismo sentido, aunque referido a “fines” en lugar de a “funciones”, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 187-188. En todo caso, la opinión contraria, que vincula los fines de la pena con el fin del Derecho penal, no solo está ampliamente difundida, sino que claramente constituye doctrina dominante. Cfr. en tal sentido, entre otros, BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal* (5ª ed.), p. 7.

<sup>31</sup> Vid., en sentido parcialmente similar, HASSEMER, *¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)*, en RDPC 3 (1999), pp. 325-328. Por su parte, aunque centrado en la protección del bien jurídico, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre* (Göttingen 1971) p. 365, lo ha descrito con gran acierto: “(...) la función del Derecho penal no consiste en absoluto únicamente en una completa protección de bienes jurídicos, sino más bien, en un complejo entramado del interés de la víctima en su protección, el interés del autor en su libertad y el interés de la comunidad en la prevención y la seguridad jurídica. Si del referido entramado se aísla el interés en la protección y se lo absolutiza para la creación del Derecho, se pierde la auténtica teleología de la ley penal como “magna carta del delincuente” (v. Liszt)”.

expectativas que se dirigen al sistema jurídico penal<sup>32</sup>. Luego, en el sentido en que aquí se entiende la prevención, ya no es posible decir que "los fines garantísticos se estiman tan esenciales como los de prevención"<sup>33</sup>, sino que *la operación de las estructuras de garantía es el cumplimiento mismo del fin preventivo*.

## II. ESTRUCTURAS DE LEGITIMACIÓN FORMAL DEL DERECHO PENAL

La legitimación formal del Derecho penal principalmente descansa sobre la base de dos pilares, una legitimación de las fuentes democráticas de creación de injustos (legitimidad de conminación); y una legitimación procedimental de la atribución de las consecuencias (legitimidad de imposición). Esto se resume en los enunciados *nullum crimen, nulla poena sine lege* (principio de legalidad) y *nulla poena sine iudicio* (principio del debido proceso).

Es necesario, aquí, hacer una prevención. Naturalmente en la legitimación democrática puede apreciarse una interpenetración del sistema político en el sistema jurídico. Sin embargo es imprescindible tener presente que, desde una perspectiva sistémica, la ley no forma parte del sistema jurídico. Este solo está integrado por "comunicaciones con contenido jurídico"<sup>34</sup>, de modo que solo una vez que el sistema jurídico penal tematiza una ley (como estructura) y opera conforme a ella, se produce la incorporación comunicativa de la prescripción o prohibición como programa condicional<sup>35</sup>. Solo en "ese" momento la ley se hace relevante para el Derecho<sup>36</sup>. En este preciso sentido puede hablarse de una (auto) legitimación del sistema jurídico y no de una (hétero) legitimación por parte del sistema político<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> Sin duda uno de los reflejos paradigmáticos de este proceso es el que describe FLETCHER, *Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht*, ZStW 101 (1989), pp. 807-808, respecto de la incorporación, por parte del pensamiento utilitarista, de determinados principios garantísticos, no ya por su valor abstracto, sino porque la no acogida de los mismos produciría otros efectos negativos en la sociedad (como la desconfianza en el sistema o la desmoralización).

<sup>33</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 217.

<sup>34</sup> Sobre esto nos hemos detenido en PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, § 101 y ss.

<sup>35</sup> Sobre ello, fundamental, LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 165 y ss. y especialmente pp. 195 y ss.; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, pp. 227 y ss. Vid., además, WILLKE, *Three types of legal structure: the conditional, the purposive and the relational programm*, en Teubner (ed.), "Dilemmas of law in the welfare state" (Nueva York-Berlín 1986) pp. 280 y ss.

<sup>36</sup> Es preciso tener presente que tal como no forma parte del sistema jurídico ningún hecho de la naturaleza (Vid. LUHMANN, *The unity of the legal system*, en Teubner (ed.), "Autopoietic law, a new approach to law and society" (Berlín-Nueva York 1988) p. 18; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, pp. 58 y ss.; LESCH, *Sukzessive Beihilfe* (Frankfurt et al. 1992) pp. 255 y ss., 265 y ss.) tampoco ninguna comunicación perteneciente a otro sistema social salvo aquellas comunicaciones revalidadas que, por tanto, dejan de pertenecer a "otro" sistema social.

<sup>37</sup> De cualquier modo, es evidente que la evolución del sistema jurídico se da en paralelo a la evolución del sistema político. De hecho, la propia conformación del sistema jurídico se hace "a costa" (restrándole poder de administración de la violencia" al sistema político, Sobre esto cfr. LUHMANN, *Macht* (Stuttgart 1975) y EL MISMO, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 281.

## I EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS DERIVACIONES

### 1.1. Generalidades

La idea de la diferenciación de estructuras formales de legitimidad no tiene nada de nuevo. De hecho, a ellas se refiere cada vez que se menciona la formalización del Derecho penal como un principio de garantía<sup>38</sup>. En este sentido, estas estructuras de legitimidad no son sino (sub)estructuras de la estructura formal de legitimidad por antonomasia en el sistema jurídico-penal: el principio de legalidad<sup>39</sup>.

Así, derivaciones como la garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), garantía penal (*nulla poena sine lege*), la garantía jurisdiccional (*nullum crimen, nulla poena sine iudicio*), la garantía de ejecución (*nulla executio poenalis sine lege*<sup>40</sup>) o los principios que exigen una *lex certa*, una *lex scripta*, una *lex stricta*, una *lex praevia*, etc., son estructuras en virtud de las cuales en ocasiones se produce la *aparente inhibición* del sistema jurídico penal. Esta *inhibición* es simplemente *aparente* pues tras ella se encuentra una perfecta operación del sistema. Que el sistema no enlace una pena al hecho juzgado no implica que para ello no haya puesto en funcionamiento su completa maquinaria de imputación. En este sentido, se produce la estabilización de las expectativas mediante la no-pena (-P)<sup>41</sup>.

Si bien no es posible detenernos aquí respecto de la relevancia de todas las estructuras de legitimidad, el principio de legalidad puede servir para ilustrar la formación de estas estructuras como un logro evolutivo del sistema. Hemos afirmado que las estructuras son herramientas de las que se sirve el sistema para dotar de coherencia su operación. La diferenciación se verifica conforme a sentido por lo que su utilización se orienta hacia el cumplimiento de la función del sistema. El principio de legalidad, en cuanto estructura inhibitoria del sistema penal es un logro relativamente tardío. Naturalmente aquí es

<sup>38</sup> Especialmente enfático en la formalización como característica propia del sistema penal, en cuanto medio de control social, HASSEMER, *Generalprävention und Strafzumessung*, en Hassemer/Lüderssen/Naucke, "Hauptprobleme der Generalprävention" (Frankfurt 1979) pp. 35 y ss. y 52 y ss.; EL MISMO, *Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico social*, en MIR PUIG (ed.), "Derecho penal y ciencias sociales", p. 136; EL MISMO, *Fundamentos de Derecho penal* (Barcelona 1984) pp. 400-402; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, p. 113 y ss. Al respecto vid., además, MIR PUIG, *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, pp. 54-55; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 250 y ss.

<sup>39</sup> Vid., respecto de este principio, solo a modo de ejemplo, BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, PG, pp. 55-108, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal* (4ª ed. (Barcelona 1994) pp. 121-140; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español I. Introducción* (5ª ed. (Madrid 1996) pp. 162 y ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG (5ª ed.), pp. 67 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, PG I (Madrid 1996) pp. 129-137; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal* (Barcelona 1976) pp. 79 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 252-259; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, Valencia 1993, pp. 275 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción* (Madrid 2000) pp. 320 y ss.; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: Conceptos y principios constitucionales*, pp. 108 y ss.; JAEN VALLEJO, *Principios constitucionales y Derecho penal moderno. Estudio sobre cuestiones de especial relevancia constitucional* (Buenos Aires 1999) pp. 19 y ss.

<sup>40</sup> Tomamos esta formulación latina, que a diferencia de las anteriores no suele emplearse, de LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, PG I, p. 134.

<sup>41</sup> No nos es posible adentrarnos aquí en el detalle de estas estructuras. Solo se debe dejar constancia que esta aparentemente perfecta operación de las estructuras suele generar tremendas dificultades de aplicación práctica. Vid., en esta línea, BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, pp. 56-57.

posible hacer distinciones en lo que se refiere al ámbito jurídico continental y al *Common Law*, pues en la evolución de ambos sistemas la inhibición en virtud de la legalidad ha sido diametralmente opuesta<sup>42</sup>. En el ámbito continental, si bien a veces se mencionan ciertas manifestaciones tempranas del principio de legalidad en el Digesto, en la *Magna Charta Libertatum* o el Decreto de Alfonso IX en las cortes de León<sup>43</sup>, no es posible hablar de verdaderas estructuras inhibitorias que alcanzaran toda la operación del sistema penal sino hasta el triunfo de los ideales liberales e ilustrados de la revolución francesa<sup>44</sup>.

Posteriormente, este Principio se recoge en las Constituciones Políticas de algunos estados de la Unión Norteamericana —principalmente la Constitución de Philadelphia—; forma parte de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dictada en la Revolución Francesa de 1789; y se incorpora a los Códigos penales dictados a lo largo de los siglos XIX y XX.

<sup>42</sup> Vid., por todos, NINO, *Los límites de la Responsabilidad penal* (Buenos Aires 1980) pp. 101-107. En este punto, es preciso rechazar los paralelismos que a veces se formulan entre el principio de legalidad y el *rule of law* anglosajón, pues su contenido y función son apenas analogables; vid., en este sentido, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal, PG* (5ª ed.), pp. 68-69 y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, p. 321. Respecto de la *rule of law*, la idea central es la llamada *doctrina de los precedentes*, y que consiste en que el fallo de ciertos Tribunales (según su jerarquía) vincula a otros Tribunales para la solución de casos similares que hayan de ser resueltos en el futuro. Sin detenernos en otras menudencias adjetivas emanadas del sistema de los precedentes se puede resumir en que la decisión tomada por un tribunal debe por fuerza ser seguida en casos futuros similares por los tribunales de inferior jerarquía (y frecuentemente lo será por los tribunales del igual jerarquía). Respecto de la vinculación de un tribunal por sus propios fallos anteriores, en Inglaterra existe un fallo de la *House of Lords* del año 1966 en que se declaró que ella no quedaba vinculada por sus fallos propios anteriores. De cualquier modo, y en pos de la tan anhelada seguridad jurídica que pareciera verse vulnerada por un fallo de esta naturaleza, aparte de la insistencia del *Lord Chancellor* acerca del compromiso de la *House of Lords* con la certeza requerida por el Derecho penal, así como en *Knulier Ltd. v. DPP* [1972] All ER 898; [1973] AC 435, se ha asentado la doctrina de que ha de haber muy poderosas razones para que la *House of Lords* cambie una decisión anterior. De cualquier modo no es posible declarar que sean pocos los casos de *overruling* acaecidos con posterioridad. Respecto de la vinculación del resto de las cortes, así como del resto de las características del *rule of law* vid, con detalle, CARD, CROSS & JONES, *Criminal Law* (Londres 1995) p. 112 y ss.

<sup>43</sup> Se discute el origen histórico preciso del Principio de Legalidad. Para algunos fue el Derecho Romano. En contra ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago de Chile 1998) p. 77, quien precisa que el Derecho Romano no lo reconoció como principio esencial del Derecho sino que solo indicó algunas referencias aisladas como necesidad de que la ley fuera previa. Sin perjuicio de lo anterior, unívocamente los autores señalan que fue la Carta Magna inglesa del año 1215 —dictada por Juan Sin Tierra—, a los nobles de su país, como el primer antecedente histórico en que se reconoce de modo expreso ser la piedra fundacional de este Principio, aunque modernamente se han alzado voces que limitan esta aseveración. El artículo 39 de la referida carta establece que "*se prohíbe que se condene a hombres libres, que se les apremie, exilie o perturbe de modo alguno, sino solo en un juicio por parte de sus iguales y por medio de la ley del país*". Por otro lado, se menciona como fundacional de este Principio, también, a la *Constitutio Criminales Carolina germánica*, de 1532. De cualquier forma, para un sector doctrinal, ni la *Magna Charta Libertatum* inglesa de Juan Sin Tierra, de 1215, ni la *Constitutio criminales Carolina* germánica, de 1532, poseen el sentido moderno del principio de legalidad. La primera no excluía la costumbre y, al parecer, tenía significado de garantía procesal, y la segunda no prohibía la analogía contra reo. En este sentido cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed. (Barcelona, 1998) p. 75.

<sup>44</sup> Vid., en la misma línea, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 142; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal, PG*, pp. 46 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, PG*, pp. 77 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, p. 321.

En similar sentido y en épocas posteriores, la doctrina jurídico-penal, por su parte, se pronunció a través de diversos autores. Así, Beccaria, en el año 1764, formulaba la siguiente sentencia: "Solo las leyes pueden decretar las penas y los delitos, y esta autoridad no puede residir sino en el legislador, que representa a toda la sociedad, unida por un contrato social". Por otra parte —y probablemente en su formulación más famosa— Feuerbach, en el año 1801, recogiendo de los postulados de la revolución Francesa de 1789, dio a este principio su formulación definitiva mediante el aforismo jurídico: "nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine; nullum crimen, sine poena legale"<sup>45</sup>.

En ese momento se hace patente la necesidad de diferenciar una estructura que permitiese escindir la operación (desinterpenetrar) el sistema jurídico del sistema político, representado en la época por la monarquía absoluta. El Derecho debía verse limitado por una estructura propia, que garantizara la indemnidad del sistema frente al poder político. Ello, sin embargo, no tenía por qué hacerse sobre la base de la legalidad. La indemnidad del sistema jurídico frente al político podría haberse buscado en otras estructuras, que revalidaran como propias estructuras de otros sistemas, como por ejemplo el sistema de la moral. Lo único que era forzoso era que se tratara de una estructura propia del sistema jurídico (de modo de poder cerrarlo normativamente), pero ello podría haberse sorteado mediante la "revalidación" o "juridización" de estructuras de otros sistemas.

En cualquier caso, parece dudoso que el ideal revolucionario haya pretendido una inmunidad real del sistema jurídico respecto del político, sino que por el contrario, su pretensión era lograr una interpenetración entre ambos que fuese capaz de llevar por completo el ideal político racionalista e ilustrado a la operación del Derecho. Para ello, difícilmente podría haberse encontrado una estructura más adecuada que la ley. Desde esta perspectiva, y se ataca con esto directamente el mito de la revolución francesa, no hay una liberación del sistema jurídico respecto del sistema político, sino un "cambio de amo": de la esclavitud al absolutismo a la esclavitud a los ideales revolucionarios<sup>46</sup>.

Para el pensamiento ilustrado la ley se aparece como la estructura adecuada para garantizar que se considerará a "los individuos en masa y a las acciones en abstracto"<sup>47</sup>. La estructura jurídica cristaliza el principio rector del sistema político y lo incorpora como estructura de inhibición de su operación. La ley se reconoce como la expresión suprema de la voluntad general, se transforma en la máxima garantía para el ciudadano, de modo que solo ella podrá "decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir solo en el legislador que representa a toda la sociedad unida por el contrato

<sup>45</sup> FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinem in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* (Giessen 1801) 1.1 §24, p. 20.

<sup>46</sup> Con esto no se pretende negar el tremendo logro evolutivo del sistema jurídico postrevolucionario, encarnado principalmente por el propio principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, por la necesidad de fundamentación racional de la pena (y, en definitiva, de proporcionalidad), la distinción tajante entre contravenciones jurídico-penales, pecado, moral y buenas costumbres, etc. Cfr. BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, PG, p. 47, quien también incluye, cosa que resulta más discutible, la humanización de las penas bajo la preponderancia de las penas privativas de libertad.

<sup>47</sup> ROUSSEAU, *Du control social*, en *Oeuvres Completes* (París 1971) p. 530; cit. por COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG (5ª ed.), p. 69.

social<sup>48-49</sup>. A este proceso se hace mención cuando se habla del "significado político del principio de legalidad"<sup>50</sup>.

La confirmación de este proceso, por último, se produce con el advenimiento del Estado democrático moderno. En esta línea, se ha afirmado que el hecho de que una ley previa definiera las conductas delictivas y las penas es el presupuesto necesario de toda intervención de derechos de los súbditos, especialmente si se considera que ella se realiza por parte de los funcionarios que carecen de legitimidad democrática directa, como la administración y los jueces<sup>51</sup>. Sin embargo, resulta dudoso afirmar que si los jueces o la administración contaran con legitimación democrática directa, el principio de legalidad no sería necesario.

<sup>48</sup> BECCARIA, *Tratado de los delitos y las penas, Introducción*, II (Madrid 1998) pp. 28-29.

<sup>49</sup> Este proceso no puede encontrarse en el *Common Law* en que existe una duplicidad de fuentes de normas penales. Así, mientras en el derecho continental la única fuente del derecho penal es la ley (evadiendo aquí, como es obvio, el problema de las leyes penales en blanco), en el derecho anglosajón puede encontrarse una dualidad constituida por la interacción del *Common Law* y la ley.

En este sentido, el curso seguido históricamente por el *common law* resulta interesante. Respecto de la creación de ilícitos penales, entre los siglos XII y XIV, a través de *rules of law* de origen consuetudinario, se penaron los ilícitos que la comunidad estimaba de mayor gravedad, llamados *felonies*. Posteriormente, se incorporaron al catálogo de delitos creados por el *Common Law* otros de menor gravedad ( *misdemeanours*). Esta distinción, desde el *Criminal Law Act* de 1967, ha desaparecido. En todo caso, sin perjuicio de tener al *Common Law* como una importante fuente del derecho penal, la ley en el sistema anglosajón también ha jugado un papel importante, al punto que actualmente casi lo ha reemplazado por completo. En efecto, hoy en día existen *statutes* que se limitan a reconocer la existencia de ciertos delitos, que como ilícitos fueron creados por el *Common Law*, aun cuando su contenido jamás ha sido reglado por ninguna ley. En este orden de cosas nos podemos encontrar con tres casos de tipificación. (a) Que tanto el delito como la pena se encuentren determinados por el *Common Law*; (b) que el Delito y/o la pena se encuentren en el *Common Law*, abandonándose respectivamente la pena o el delito a una ley; (c) que tanto el delito como la pena se encuentren determinados por una ley. Naturalmente, este último caso no presenta problema alguno puesto que satisface todas las exigencias de lo que continentalmente constituye el *principio de reserva*. Los casos problemáticos son los dos primeros en que tenemos creación de delitos o conminación con penas, o ambas, en manos de un ente distinto del poder legiferente. Ejemplos de lo anterior es el homicidio, que solo se encuentra en el *Common Law* sin perjuicio que su pena se ha precisado en un *statute*, lo mismo ocurre con el *manslaughter*. De hecho los *statutes* más importantes solo se limitan a reconocer la existencia de ciertos delitos sin dar más definición que la que ha conformado el *Common Law* a lo largo del tiempo. En este sentido, aún más peculiar resulta la decisión de *Morris* [1950] 2 All ER 965; [1951] 1 KB 394, en que se ha declarado que de haber un delito en el *Common Law* que no tenga una pena correlativa en un *statute* (y, obviamente, cuando el *Common Law* tampoco proporcione una que sea aplicable), el juez podrá imponer la pena de cárcel o la multa que le parezca según su propia discreción. Para la tradición continental, habituada a la reserva, ello resultaría completamente insostenible.

En todo caso, desde *Knüller v. DPP*, como en nota 42, se encuentra prohibida la creación de delitos a través de la práctica jurisprudencial, lo que parece ser un avance en la valoración del principio de legalidad, aunque nada se diga respecto de los delitos que solo se encuentran en las normas del *Common Law*. Sin perjuicio de ello, este avance es más formal de lo que parece, principalmente porque aún se permite que se apliquen tipificaciones antiguas del *Common Law* a situaciones nuevas y diferentes a su antigua intención y alcance (una perfecta creación analógica) y la línea que divide ambas posibilidades (crear ilícitos nuevos o extender el alcance de los antiguos) es extremadamente tenue. Vid. al respecto, por todos, CARD, CROSS & JONES, *Criminal Law*, pp. 9 y ss. y NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, pp. 101-107

<sup>50</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, pp. 322-324

<sup>51</sup> Así GRÜNWARD, *Bedeutung und Begründung des Satzes nulla poena sine lege*, en ZStW 76 (1964), pp. 1 y ss. Críticamente JAKOBS, *Derecho penal*, PG, 4/4 y ss.; cfr. BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, PG, pp. 58.

En su virtud queda prohibido completamente establecer delitos ni imponer penas cuando no existe una ley que incrimine previamente el hecho respectivo y establezca la pena con la que se encuentra conminado (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Hablamos de un *principio de legitimación* puesto que de su cumplimiento pende la operación legítima del Derecho penal. Y es un principio de legitimación formal, porque se refiere a las condiciones formales con que debe cumplir el Estado para ejercer su facultad de castigar: solo puede hacerlo cuando una ley anterior a la ejecución del hecho describe a ese hecho como delito y precisa cuál es la pena que debe aplicarse a quien lo realiza.

Adicionalmente, esta estructura tiene un alcance más amplio que el de reservar a la ley el monopolio de creación de ilícitos. En otros términos, si bien solamente la ley puede crear delitos y establecer sus penas correlativas (principio de legalidad en sentido estricto, más precisamente principio de reserva legal), incluso ella está sujeta a limitaciones. Esto se ha producido porque el mecanismo de validación de la estructura, en la mayoría de los ordenamientos occidentales ha sido su incorporación como una Garantía Constitucional<sup>52</sup> propia de los regímenes democráticos y liberales.

De este modo, la propia estructura de legitimidad está sujeta a una (meta)estructura de legitimidad. Una estructura de legitimidad que vela por la legitimidad de la estructura. Puesto en un ejemplo, este grado máximo de autorreferencia puede apreciarse en las condiciones de legitimidad que ha de cumplir la legalidad para legitimar la incriminación.

1. La ley no puede crear delitos y penas con posterioridad a los hechos incriminados y sancionar estos en virtud de dichas disposiciones (Principio de Irretroactividad de las Leyes Penales)<sup>53</sup>; y,

2. La ley penal, al crear delitos y penas, debe referirse directa y precisamente a los hechos que constituyen aquellos y a la naturaleza y límites de estas (Principio de Tipicidad Penal).

### *1.2. La legalidad como logro evolutivo (o propiedad emergente)*

El sistema jurídico se ha conformado evolutivamente a lo largo de la historia, desde sus primeras etapas en que no había distinción alguna entre los diferentes sistemas sociales (y el sistema político, el sistema religioso y el sistema jurídico estaban fundidos en un solo sistema de poder), hasta la completa diferenciación de los sistemas funcionales (que no niega en modo alguno su permanente y siempre compleja interpenetración)<sup>54</sup>.

El curso evolutivo del Derecho puede analogarse, en lo que aquí interesa, con algunos episodios de la evolución social. Así, el surgimiento de la escritura permitió a la

<sup>52</sup> El fundamento, o uno de ellos, de que el Principio de Legalidad haya sido establecido con rango constitucional reside en que la simple consagración legislativa –como norma con rango legal– sería insuficiente ante la posibilidad de que leyes posteriores modificaran el principio o lo derogaran en forma total o parcial, expresa o tácita.

<sup>53</sup> El punto de partida en esta materia es que la ley dispone solo para lo futuro y no puede jamás tener efecto retroactivo, esto es, ser aplicada a hechos acaecidos (cometidos) con anterioridad a su dictación. Cfr. Enrique CURY URZÚA, *Derecho Penal. Parte General*. T. I (2.ª ed. (Santiago, 1988) pp. 208 ss.

<sup>54</sup> Sobre esto véase el capítulo sexto de LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*.

sociedad mantener disponible el conocimiento para situaciones no previsibles<sup>55</sup>. Antes de ella también era posible, pues lo relevante no es el medio de mantención del conocimiento sino el hecho de que esté disponible. Si ello pudiese garantizarse adecuadamente mediante la tradición oral, probablemente no habría existido la necesidad de sentarlo por escrito. Del mismo modo, el hecho de asentarlo por escrito, tampoco es garantía de conocimiento. Por el contrario, generalmente esas estructuras descansan sobre otras estructuras que la dotan de una certeza que en realidad no les pertenece. Piénsese simplemente en todas las formas de ficción de conocimiento de la ley.

De hecho, es perfectamente posible que uno de los aspectos más gravitantes en la formación de la escritura haya sido la fijación exigida para solucionar problemas jurídicos<sup>56</sup>. Resulta muy relevante mantener la memoria social, pero resulta inmediatamente relevante mantener fijada la existencia de obligaciones o deberes que han de cumplirse tanto en el tiempo inmediato como en el largo plazo. El ejemplo más radical ha de ser el del testamento, en que quien ha otorgado su voluntad ya no está para corregir las malas (o maliciosas) interpretaciones de los que la escucharon.

Luego, la escritura permitió hacer reconocible algunas desviaciones que el nerviosismo y la actualidad de la disputa podían ocultar. Esto los transforma en un mecanismo de consistencia, que limita los espacios de interpretación<sup>57</sup>. Así, la escrituración irrumpe como exigencia del sistema jurídico y, junto con la imprenta, la exigencia de publicidad oficial. Esto no solo en la fijación de las leyes sino también de otras formas normativas como costumbres —famosa es la colección oficial de *coutumes* francesas<sup>58</sup>—, sino también de sus comentarios y glosas.

Históricamente, la sociedad occidental evolucionó frente al riesgo de la arbitrariedad de ser juzgado por conductas y condenado a penas que el sujeto no podía anticipar, de manera de orientar su conducta a preceptos racionales. En este sentido es que se afirma que el principio de legalidad es un logro evolutivo que surge a partir de la necesidad de limitar el poder del Rey (del soberano), que no conocía otros límites que no fueran los propios designios de su conciencia, en cuanto vínculo de Dios con los hombres y depositario de su poder en la Tierra<sup>59</sup>. Por esta razón el surgimiento del Principio de Legalidad, como Garantía del Derecho penal liberal se traduce en que el *ciudadano*, al obrar, sepa por una ley vigente al momento en que se dispone a obrar, qué conductas constituyen delito y están penadas —y con qué penas— y cuáles no lo

<sup>55</sup> LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 245.

<sup>56</sup> Sobre esto existen muy impresionantes estudios. Vid., solo a modo de ejemplo, SCHMANDT-BESSERAT, *An Archaic Recording System and the Origin of Writing*, en *Syro-Mesopotamic Studies* 1/2 (1977), pp. 1 y ss.

<sup>57</sup> Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 249.

<sup>58</sup> Sobre ello Philippe Sueur, *Historie du droit public français XVe-XVIII siècle*, II (Paris 1989) Sobre todo eso cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 272-273.

<sup>59</sup> Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, pp. 140 ss., al señalar que "La base histórica del principio de legalidad reside en la teoría del contrato social de la Ilustración. Sus raíces se cimentan sobre la idea de una razón común a todas las personas que han encontrado su expresión decisiva en la Ley y que excluye a la arbitrariedad estatal como una perturbación irracional, sobre el postulado del reconocimiento para toda persona de derechos y libertades naturales de carácter inviolable..."

están. Se aspira a que sea la ley la que precise y determine esas conductas, evitando cláusulas generales que generen incertidumbre respecto de las prohibiciones.

### III. LAS ESTRUCTURAS DE (AUTO) LEGITIMACIÓN MATERIAL

#### 1. GENERALIDADES

Además de las estructuras de legitimidad que hemos denominado "formales" (si bien en cuanto estructura no puede establecerse diferencia alguna entre ellas, sino solo desde la perspectiva de un observador de segundo orden), puede afirmarse también la existencia de ciertas estructuras de legitimidad material. A diferencia de las anteriores, estas estructuras no implican que siempre se legitime la operación del Derecho penal a partir de la negación de la pena (-pena), sino también mediante una disminución de la intervención punitiva (menos pena: <P)<sup>60</sup>. Dentro de esta clase de estructuras se encuentran –entre otros– el principio de subsidiariedad<sup>61</sup>, de fragmentariedad, proporcionalidad, humanidad, igualdad, exclusiva protección de bienes jurídicos, culpabilidad y *non bis in idem*<sup>62</sup>. Solo a modo de ejemplo, veamos la diferenciación de tres de estas estructuras de legitimación material.

#### *1. El principio de humanidad de las penas*<sup>63</sup>

El principio de humanidad vincula la conminación penal así como su imposición con el concepto de humanidad imperante socialmente<sup>64</sup>. El sistema penal debe limitar la punición a los marcos que se han diferenciado socialmente y que sean coherentes con la dignidad humana reconocida por la sociedad.

<sup>60</sup> Las estructuras de legitimidad formal solo operan inhibiendo al sistema (-P).

<sup>61</sup> Acerca del principio de intervención mínima vid. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, pp. 236 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal, PG*, pp. 89-90; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, pp. 377-390; EL MISMO, *El principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del ius puniendi*, en "Estudios penales y jurídicos, Homenaje al Profesor Casas Barquero" (Córdoba 1996) pp. 246 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, PG*, pp. 82 y ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal, PG* (5ª ed. ), pp. 81 y ss (aunque denominándolo *principio de proporcionalidad en sentido amplio*); CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales* (Valencia 1999) pp. 199 y ss.

<sup>62</sup> Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 259 y ss. Puede hacerse notar que el principio de intervención mínima y sus derivaciones (fragmentariedad y subsidiariedad) desempeña además de su función de legitimidad, un papel diferente, pues es una estructura de acoplamiento entre el sistema jurídico y el sistema político. El principio de *ultima ratio* está principalmente dirigido al legislador y es una estructura que orienta (en mayor o menor medida) las decisiones políticas de configuración del sistema jurídico. Es cierto que ello después se traduce en nuevas estructuras (v. gr. leyes) pero su participación en la delimitación de las fronteras del sistema es relativamente mediata.

<sup>63</sup> Respecto de este principio vid BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*, pp. 97-99; MIR PUIG, *Derecho Penal, PG*, pp. 104 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 261 ; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, pp. 254 y ss; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, pp. 406-411.

<sup>64</sup> Pero no solo estos, también implica una limitación en el interior del proceso penal, despejando de él toda práctica atentatoria contra esa dignidad (por ejemplo, la utilización de la torura para hacerse de pruebas).

Hablamos de concepto de humanidad diferenciado socialmente pues si podemos afirmar la existencia de un "núcleo duro" de "humanidad" reconocido estructuralmente en la sociedad, los márgenes de dicho concepto también son cambiantes y de ello da fe la historia y la aplicación de castigos que han sido desechados por atentar contra esa dignidad. Esto ha producido una limitación de ciertas penas como un logro evolutivo, como la erradicación de los tormentos o las penas mutilatorias. Actualmente el principio de humanidad nos hace afirmar que la privación de libertad es el castigo más humano que existe (y por ello se ha erguido como el eje de nuestro sistema sancionatorio). Ello, obviamente, es discutible, y nada asegura que permanezca así para siempre. ¿Quién nos asegura que privar a un hombre de su libertad es objetivamente más acorde con su dignidad que proporcionarle diez azotes? Como todos los principios de legitimidad material, se trata de logros evolutivos no necesarios ni estáticos, sino completamente dinámicos (pudieron no estar o pudieron estar de otra forma).

El problema que se presenta aquí es que esto parece contradecir la existencia de una dignidad humana previa al Derecho y que ha de orientar su operación<sup>65</sup>. Esta contradicción es más aparente que real. Entre otras cosas, la afirmación de que el principio de humanidad como estructura de legitimidad material pende de la "dignidad humana diferenciada socialmente" no implica que no exista una "dignidad humana intrínseca y previa"<sup>66</sup>, sino simplemente da cuenta de que mientras esa dignidad previa no sea reconocida socialmente carece de "existencia social" y malamente puede limitar la operación de un sistema social como el del Derecho<sup>67</sup>.

Esto claramente queda establecido por la evolución histórica de la estructura, que si bien también puede encontrar sus orígenes en el pensamiento ilustrado, desde sus formulaciones iniciales ha seguido un camino bastante pendular. No es posible afirmar la existencia de un proceso lineal en virtud del cual se haya transitado desde un Derecho penal basado en la tortura, las penas corporales y la pena de muerte, a otro cuya espina dorsal fuesen las penas privativas de libertad (destacando como hitos la supresión de las penas mutilatorias, la abolición del tormento, etc.). Por el contrario, el camino ha contado con frecuentes retrocesos y negros períodos de regreso a la inhumanidad<sup>68</sup>. Sin embargo, tendencias a perfeccionar esta estructura pueden apreciarse, si bien se encuentran inmersas en un proceso tremendamente confuso. Si por una parte aparece el recurso

<sup>65</sup> Especialmente crítico, en este sentido, INNERARITY, *La ilustración sociológica de Niklas Luhmann*, en "Persona y Derecho" 17 (1987), pp. 28-29.

<sup>66</sup> De hecho, la influencia de las tesis iusnaturalistas en el proceso de "humanización" del Derecho penal es innegable. Vid., aunque crítico, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español*, p. 97.

<sup>67</sup> Los reconocimientos de esta dignidad son frecuentes, si bien es innegable que a la hora de llevarlos a la práctica en ocasiones no pasan de ser meras declaraciones. En el ordenamiento constitucional español, el art. 15 de la Constitución declara que "nadie puede ser sometido a penas inhumanas o degradantes" como por ejemplo los *trabajos forzados* (art. 25.2). En la misma línea el art. 10.1 declara la dignidad humana como piedra angular del orden político y social. Vid., además, la STC 65/1986 (pte. Latorre Segura) declarando cuándo una pena ha de estimarse inhumana o degradante y las críticas a la interpretación del TC (por restrictiva) de ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, p. 256, por todos. Cfr., además, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, p. 408.

<sup>68</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, p. 407. Vid., además, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, p. 104.

a sustitutivos penales (de la privación de libertad de corta duración), a la progresiva suavización de las penas, y a la concesión de beneficios penitenciarios, por la otra es difícil sostener que todo ello sea capaz de "doblarle la mano" al innegable y desproporcionado proceso de expansión del Derecho penal<sup>69</sup>.

Este punto permite enfrentar adecuadamente el hecho de que existan distintos "conceptos de dignidad" imperantes en las diferentes sociedades en que existen sistemas para la estabilización de las expectativas básicas sobre las que se estructura la vida social (e incluso los derechos emanados de dicha dignidad de los que se puede privar a quien ha delinquido)<sup>70</sup>. Pero para esto no es necesario recurrir a diferencias culturales o diferencias en el grado de evolución. Esta concepción permite también comprender la variación histórica del concepto de dignidad humana en la sociedad occidental, que se ha (re)formulado a partir del diálogo religioso, moral, filosófico, antropológico e incluso político y económico. La expresión más palmaria puede observarse para el sistema jurídico-penal en la eliminación de las penas corporales, la constante reducción de las privaciones de libertad, etc.<sup>71</sup>. Volvemos con esto a un problema ya enunciado: cómo podría explicarse la diferente valoración de la pérdida de libertad respecto de, por ejemplo, la integridad corporal a la hora de seleccionar las sanciones aplicables en una determinada sociedad. En otros términos, de dónde puede desprenderse que privar de libertad a quien ha delinquido es más conforme con la dignidad humana que proporcionarle un castigo físico. No son pocas las culturas en que cualquiera de los miembros preferiría recibir cincuenta azotes en la plaza pública, antes de ser privado de libertad por un día<sup>72</sup>.

## 2. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El principio de culpabilidad es probablemente el logro evolutivo más potente del Derecho penal de la sociedad occidental. Ello no lo hace perder su carácter de logro

<sup>69</sup> Vid., acerca de todo esto, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal, passim*.

<sup>70</sup> Un ejemplo estremecedor es citado por GEERTZ, *Local Knowledge: Fact and Law in comparative perspective*, en "Local Knowledge. Further essays in interpretive anthropology", Basic Books (Nueva York 1983) pp. 167-234 respecto de las sanciones concebidas para determinadas infracciones por algunas tribus balinesas, y por las que no solo se pierden algunos derechos, sino que se pierde la calidad misma de "ser humano" que dicha sociedad ha diferenciado. La sanción impuesta en el caso citado por GEERTZ —por haberse rehusado el condenado a participar en el consejo de la tribu— incluía: la pérdida del terreno en el que se vivía, la pérdida del derecho a entrar a los templos (luego, pérdida de la posibilidad de contacto con los dioses), de los derechos políticos (incluso de acceso a la justicia), la imposibilidad de hacer uso de los lugares públicos (esto es, de pisar el suelo de la tribu), la pérdida del rango en la casta a la que se pertenecía y, por último, la pérdida de todo contacto social, pues nadie en la tribu podía dirigirle la palabra bajo pena de multa. En otras palabras, se le transformaba en no hombre. Vid GEERTZ, *loc. cit.*, pp. 177.

<sup>71</sup> Vid, en este sentido, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal* (4ª ed. ), pp. 97 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, pp. 94-95.

<sup>72</sup> En la misma línea debe entenderse la afirmación de ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, pp. 257-258 respecto de que castrar al violador, cortar la mano del traficante de drogas o matar al asesino; lo mismo que las penas corporales o los tratamientos psicoquirúrgicos (al modo de la "naranja mccánica"); repugnan a nuestra sensibilidad y actual grado de desarrollo ético. Tal vez lo más exacto de esto sean las expresiones *nuestra sensibilidad* (pues el análisis se hace desde *este sistema*) y *actual grado de desarrollo* (pues se verifica como una *autoobservación actual*).

evolutivo de modo que su reconocimiento no es exactamente idéntico en todos los ordenamientos jurídicos. La existencia de ordenamientos que no han reconocido la necesidad de culpabilidad para condenar es innegable y ello muestra su carácter no necesario.

En virtud de este principio ninguna acción conminada con una pena puede considerarse delito si el partícipe no es individualmente reprochable por esa conducta. A veces se enuncia como *nulla poena sine culpa*. El principio anglosajón equivalente reza *actus non facit reum nisi mens sit rea*<sup>73</sup>. Y si bien dogmáticamente se les ha dado un efecto y aplicación diversa tras él descansa la misma idea.

Las discusiones acerca del contenido real de la culpabilidad, es decir, de si lo que se busca es una culpabilidad efectiva o solo se determina normativamente cuándo alguien es culpable, exceden con mucho lo que podemos decir aquí. Sin embargo, parece evidente que más temprano que tarde, para determinar la culpabilidad, es necesario recurrir a criterios normativos y no psicológicos<sup>74</sup> que permitan afirmar que alguien conociendo las consecuencias de sus actos no se refrenó en su comisión. Así, la idea de poder actuar de otro modo, tan típica del finalismo y enraizada en premisas ontológicas<sup>75</sup> ha debido dejar paso a mecanismos normativos de determinación de la responsabilidad o determinación funcional de la culpabilidad.

Luego, si la culpabilidad pende de criterios normativos, la determinación de cuáles son esos criterios depende de la función que el Derecho penal ha de cumplir en la sociedad que lo ha diferenciado. Ello hace, por una parte, que la configuración de la culpabilidad no sea estática (lo que confirma su carácter de logro evolutivo), y, por la otra, que como estructura deba adaptarse a las necesidades de subsistencia del sistema.

### 2.1 Configuración funcional de la culpabilidad

La ubicación del principio de culpabilidad en el plano de las estructuras de legitimidad material no es del todo novedosa<sup>76</sup>. Por el contrario, la subordinación del concep-

<sup>73</sup> Sobre esto puede verse, entre otros muchos, WILLIAMS, *Criminal Law, the general part* (2<sup>d</sup> Ed.), Londres, Stevens & Sons Ltd 1961, §14, p. 31; SMITH & HOGAN, *Criminal Law* (7<sup>th</sup> Ed.) Londres Butterworths 1992, 4, p. 28; CHARLETON, McDERMOTT & BOLGER, *Criminal Law* (Dublin Butterworths 1999) 1.13, p. 9; DINE & GOBERT, *Cases and Materials* (Londres, Blackstone 1993) 2, 1, p. 48; CARD, CROSS & JONES, *Criminal Law* (13<sup>th</sup> Ed. (Londres Butterworths 1995) 6.1, p. 50; ROBINSON, *Fundamentals on Criminal Law* (2<sup>d</sup> Ed.), Boston, Brown & Company 1995, p. 180; SIMESTER/SULLIVAN, *Criminal Law, theory and doctrine* (Oxford, Hart Publishing 2000) p. 21; ASHWORTH, *Principles of Criminal Law* (Oxford Clarendon Press 1991) pp. 78-79; además, la formulación de la *House of Lords* puede encontrarse en *Haughton v Smith* [1975] AC, pp. 476-491 y *Youngusband v Luftig* [1949] 2 KB, pp. 354-370. Con abundantes referencias Piña Rochefort, La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del *Common Law*, p. 10.

<sup>74</sup> Esta concepción psicológica se conecta a cabalidad con la actitud positivista de orientación a lo fáctico. Sobre esto vid. JESCHECK, *Derecho penal* (3<sup>a</sup> ed.) T. 1, p. 577.

<sup>75</sup> Vid. WELZEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 1969, p. 140 y ss; EL MISMO, ZStW 60 (1941), p. 456.

<sup>76</sup> Lo acoge expresamente, y haciendo las mismas precisiones, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, pp. 390 y ss. Vid., además, KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung* (Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg 1961) pp. 15 y ss., para quien el principio de culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, pp. 153 y ss, 162 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, pp. 242 y ss.; vid., además, en lo que se refiere a la dimensión de garantía del principio de culpabilidad, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 262-263, 293 y ss.

to de culpabilidad a la función que debe desempeñar (es decir, el concepto funcional de culpabilidad) resulta extremadamente discutido<sup>77</sup>.

De acuerdo a lo que hemos sostenido, si el principio de culpabilidad y la culpabilidad misma son una estructura de legitimidad, el contenido de ambos es un logro evolutivo. Tanto el concepto de culpabilidad, como su incorporación y ubicación en el sistema jurídico penal, son fruto de un proceso histórico contingente<sup>78</sup>. Esto parece difícilmente discutible. Ni es necesario que el sistema jurídico penal exija culpabilidad para aplicar una pena, ni es necesario que entienda por culpabilidad lo que actualmente entiende (*podría ser de otro modo*). La determinación de qué es la culpabilidad, así como de quién obra culpablemente es un proceso que se lleva a cabo dentro del sistema. Que para ello se construya tal o cual concepto de culpabilidad o que se importe de tal o cual sistema social (en cuyo caso será preciso una revalidación por parte del sistema jurídico-penal) es fruto de un proceso evolutivo que podría haber seguido un curso diverso<sup>79</sup>. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que el concepto de culpabilidad ha de configurarse funcionalmente<sup>80</sup>.

Para ilustrar este punto no es preciso remontarse a sistemas jurídicos primitivos<sup>81</sup>, sino que simplemente basta con considerar algunos sistemas contemporáneos en los que el principio de culpabilidad no opera siempre como límite al *ius puniendo*. En algunos de ellos se considera que en determinados casos la infracción sancionada con una pena

<sup>77</sup> A ello hay que sumar, además, que aquí nos alejamos del concepto funcional de culpabilidad generalmente sometido a discusión, paradigmáticamente encarnado en la propuesta de JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, pp. 561 y ss., y especialmente pp. 575 y ss.; EL MISMO, *Culpabilidad y prevención*, en "Estudios de Derecho Penal", pp. 73-99 y EL MISMO, *El principio de culpabilidad*, en el mismo lugar, pp. 365-393. Acerca de la evolución del principio de culpabilidad vid., entre otros, ROXIN, *¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?* (trad. Silva Sánchez), CPC 30 (1986), pp. 671 y ss.; EL MISMO, *Das Schuldprinzip im Wandel*, FS für Art. Kaufmann (Heidelberg 1993) pp. 519-535; SCHÜNEMANN, *La culpabilidad: estado de la cuestión*, en Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köhler, "Sobre el estado de la teoría del delito" (Madrid 2000) pp. 91-128.

<sup>78</sup> En el mismo sentido, aunque no lo incorpora como límite del *ius puniendi*, sino como la síntesis de varias finalidades del Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 262-263. En otros términos, desde la perspectiva evolutiva, para que la STC 150/1991 (pte. López Guerra) declárase que "el principio de culpabilidad [es un] principio estructural básico del Derecho penal", han debido de pasar muchas cosas en la historia del Derecho. Vid., además, QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal*, PG (Marcial Pons, Madrid 1992) pp. 68 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, p. 392 y, especialmente, SCHÜNEMANN, *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo*, pp. 147 y ss.

<sup>79</sup> Como dice JAKOBS, *Culpabilidad y prevención*, en "Estudios de Derecho penal", pp. 73: "El ordenamiento de cuyo mantenimiento por medio de penas se trata no conlleva que sea necesario castigar de acuerdo con la culpabilidad y su medida o, exclusivamente, en atención a la medida de la misma". Naturalmente aquí es preciso tomar distancia, pues hemos afirmado que el mantenimiento del sistema no pende de la aplicación de penas, sino también de la inhibición punitiva.

<sup>80</sup> JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, p. 584.

<sup>81</sup> La tradición veterotestamentaria ya deja constancia de responsabilidad por el resultado y de responsabilidad grupal en Ez 18, 2-20. Del mismo modo, la idea de responsabilidad por el resultado aparece con toda frecuencia en las tragedias griegas. Vid JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, pp. 368 y ss. Cobra pleno sentido aquí la idea de ACHTER, *Geburt der Strafe* (Frankfurt 1951) p. 18, que refiriéndose al Derecho germánico y de la alta Edad Media, llamó al efecto del crimen en un mundo mítico, una "grieta en el edificio del mundo" (*einen Rib im Weltgebäude*).

se configura solamente con los actos externos (y a veces ni siquiera eso), sin importar la culpabilidad del sujeto. Caso prototípico de esta clase de responsabilidad es la *situational liability* del sistema anglosajón<sup>82</sup>.

Mantenernos en este ámbito puede resultar ilustrador. Algunas instituciones del sistema anglosajón muestran con extremada claridad tanto la conformación de la culpabilidad (funcionalmente) por parte del sistema jurídico, como la propia diferenciación de los criterios para determinarla. El más claro ejemplo de esta clausura puede encontrarse en las conocidas *M'Naghten rules*, por medio de las que se determina si alguien puede quedar exculpado en virtud de una enfermedad mental (inimputabilidad por imposibilidad de reproche individual). Para ello, el sistema ha diferenciado un conjunto de criterios eminentemente jurídicos (independientes de toda consideración psicológica o psiquiátrica) por medio de los que se determina quién puede alegar *insanity*<sup>83</sup>. El hecho de que en la tradición continental no se cuente con ejemplos tan evidentes no debe llevar a pensar que la culpabilidad simplemente se "recoge" como una realidad "en sí", sino simplemente que se han diferenciado otros criterios para su determinación. Piénsese solo a modo de ejemplo en los criterios de determinación de la relevancia o irrelevancia de ciertos errores, o del miedo insuperable, etc.<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Vid., respecto de estas, y de otras clases de responsabilidad penal establecidas en el *Common Law*, en las que la culpabilidad no desempeña ningún papel, PIÑA ROCHEFORT, *La estructura de la Teoría del delito en el ámbito jurídico del "Common Law"*, pp. 43-48 y 71-78.

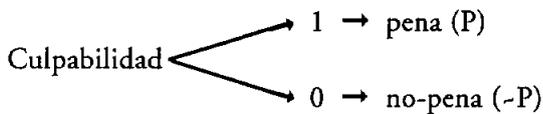
<sup>83</sup> Las reglas *M'Naghten* consisten en una serie de reglas entregadas por la *House of Lords* en 1843 y mediante las que se determina si alguien puede catalogarse de "enfermo mental" y alegar la defensa de "demencia". La independencia de estas reglas de toda consideración médica ha sido expresamente declarada por la *House of Lords* al punto de que ha otorgado al concepto de "demencia" un contenido exclusivamente jurídico. Vid., respecto del contenido y alcance de dichas reglas, el tratamiento que les hemos dado en PIÑA ROCHEFORT, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del "Common Law"*, pp. 119-123.

<sup>84</sup> Sin embargo, ya en este punto comienzan a gestarse diferencias con la habitual formulación funcional del principio de culpabilidad. Estas diferencias guardan relación directa con la comprensión de lo que significa la función del Derecho. Me parece muy significativo que JAKOBS, *Strafrecht, AT, 17/22 in fine*, y con ello justifico una larga cita, escriba: "El concepto de culpabilidad, por tanto, ha de configurarse *funcionalmente*, es decir, como concepto que produce un fruto de regulación de determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de una configuración determinada. El fin de la pena es, según la concepción aquí desarrollada, de tipo preventivo general; se trata de mantener el reconocimiento general de la norma (no de intimidación)" ["Der Schuldbegriff ist deshalb *funktional* zu bilden, d. h. als Begriff der eine Regelungsleistung nach einer bestimmten Regelungsmaxim (nach der Erfordernissen des Strafzwecks) für eine Gesellschaft bestimmter Verfassung erbringt. Der Strafzweck ist nach der hier entwickelten Konzeption positiv generalpräventiver Art; es geht um die Erhaltung allgemeiner Normanerkenntnis (nicht um Abschreckung)"]. Si bien al principio comienza hablando de lo que significa el concepto funcional de culpabilidad, inmediatamente después se refiere a los fines de la pena. Es cierto que los "fines de la pena", tal como ahí se entienden, son también los "fines del Derecho penal", pero los "fines del Derecho penal" no son solo los "fines de la pena". En otros términos, es cierto que en la concepción funcional de culpabilidad, su configuración pende de la función del Derecho penal en la sociedad, pero dicha función, como ya hemos afirmado, no puede coincidir exactamente con la función de la pena, porque el Derecho penal también cumple su función mediante la no-pena. Da la impresión de que, aun cuando de la terminología de JAKOBS no puede desprenderse necesariamente, la culpabilidad queda determinada solo por la finalidad de la pena. Desde la perspectiva que aquí se mantiene, sin embargo, el problema tiene un cariz diverso. De hecho, si se considera que el Derecho penal cumple su función tanto cuando aplica una pena como cuando no la aplica, en este segundo caso también se están estabilizando expectativas, solo que "son otras".

Ya hemos afirmado que, en su actual configuración, el sistema jurídico-penal no solo debe estabilizar expectativas sociales dirigidas a "personas", sino que también debe mantener vigentes ciertas expectativas que se le dirigen a él mismo. De eso precisamente se trata la legitimidad, de que la operación del Derecho penal no implique una defraudación de las expectativas que se le dirigen. Esto quiere decir que la propia operación del sistema debe encarnar la normatividad social si quiere cumplir su función y en dicha normatividad se ha diferenciado un determinado concepto de culpabilidad. En términos simples, *el sistema jurídico-penal se ha estructurado sobre la base de que castigar sin consideración a la culpabilidad es más perturbador que hacerlo considerándola*. Y esto no tiene más explicación que un proceso histórico contingente.

En términos funcionales<sup>85</sup> el sistema se peca de que la distribución aleatoria de cargas es disfuncional (perturbadora)<sup>86</sup>. Del mismo modo, la distribución de las cargas a través de la mera imputación causal del resultado prohibido –en la configuración actual de la sociedad– es igualmente perturbadora. En el cumplimiento de su función estabilizadora, el sistema diferencia estructuras que permitan una distribución de cargas que reduzca la perturbación a límites tolerables. En dicho proceso y conjugando tanto las expectativas que se dirigen a las "personas", como al propio sistema, se alcanza un nuevo estado evolutivo del sistema y se diferencia la culpabilidad como propiedad emergente<sup>87</sup>.

Una vez diferenciada la culpabilidad se ajusta la operación del sistema del siguiente modo:



Diferenciada esta sencilla estructura, el sistema declara: "sin culpabilidad no hay perturbación"<sup>88</sup>. Desde esta perspectiva, ya no puede afirmarse que la culpabilidad solo

<sup>85</sup> Esto en un plano eminentemente descriptivo, sin necesario asidero en el desarrollo histórico efectivo.

<sup>86</sup> Equiparamos "disfuncional" y "perturbador" porque para el sistema jurídico, cuya función es mantener estables las expectativas sociales, toda perturbación de expectativas puede considerarse disfuncional.

<sup>87</sup> Esto da razón a SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 262-263, cuando habla de "garantía representada por el principio de culpabilidad en sentido estricto". Es decir, se reconoce que la culpabilidad tiene, al menos, una dimensión de legitimidad, que es precisamente de la que aquí tratamos.

<sup>88</sup> No ha de confundirse la operación de esta estructura con la exigencia de responsabilidad subjetiva, según la cual se prohíbe la responsabilidad objetiva, exigiéndose que las consecuencias del actuar fueran conocidas (dolo) o al menos cognoscibles y existiera el deber de conocer (imprudencia). La exigencia de responsabilidad subjetiva es una estructura de legitimidad autónoma distinta del principio de culpabilidad y que estabiliza expectativas solo mediante el -P.

Si bien históricamente ambas estructuras se han diferenciado conjuntamente, es preciso distinguirlas pues, en rigor, dolo e imprudencia no forman parte de la culpabilidad. En virtud de esto podría afirmarse que solo podrían fundirse ambas estructuras en un enfoque estrictamente causalista, en que dolo e imprudencia serían partes o grados de culpabilidad. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, p. 396. Por lo demás, las comunicaciones que detonan la operación de la estructura no se refieren solo a la imposibilidad de imputar el caso fortuito o la responsabilidad objetiva en términos puros, sino que también impiden la imputación de consecuencias fortuitas de una acción ilícita de la que sí debe responder el autor (*versari in re illicita*). Lo mismo puede decirse de los delitos cualificados por el resultado. Vid., ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, pp. 251 y ss. y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, p. 397.

puede negarse cuando con ello no se pone en peligro la estabilización general de las expectativas normativas<sup>89</sup>. Por el contrario, lo que sucede es que *no puede afirmarse dicha desestabilización cuando se haya obrado inculpablemente pues la estructuración del sistema no lo tolera*.

Con esta estructuración se explican aquellos casos en que el sistema jurídico absuelve por ausencia de culpabilidad. Estos casos son, por ejemplo el error de prohibición invencible, estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable, la inimputabilidad: enajenación mental o trastorno mental transitorio, minoría de edad. Luego, la culpabilidad o inculpabilidad se definen por una serie de criterios diferenciados por parte del sistema. Esta configuración es completamente funcional, y ello explica, por ejemplo, que en el *Common Law* el error de prohibición no exista, o que en sociedades con una carencia institucionalizada de recursos alimentarios no se niegue la responsabilidad en casos de hurto famélico.

Sin embargo, igual que otras estructuras de legitimidad material (como el principio de proporcionalidad o el principio de humanidad) el principio de culpabilidad también estabiliza las expectativas dirigidas al sistema de imputación mediante la aplicación de menos pena (<P). Así, esta estructura se constituye en pilar fundamental de la individualización judicial de la pena ya que se transforma en medida de la pena según la regla

menos culpabilidad implica menos pena  
(<C > <P)<sup>90</sup>.

## 2.2 La libertad como consecuencia de la culpabilidad

La afirmación de un concepto evolutivo de la culpabilidad parece colisionar con el concepto de libertad como propiedad inherente (y por tanto permanente) del individuo. Naturalmente no es posible intentar aquí zanjar una discusión de este tipo. Sin embargo, es preciso tomar distancia de algunas formulaciones consideradas el paradigma de la visión funcional de la culpabilidad<sup>91</sup>.

En primer lugar –y siguiendo una costumbre ampliamente difundida– eludiremos aquí la discusión acerca de la demostrabilidad de la libertad<sup>92</sup>. Sin embargo, lo haremos bajo un supuesto distinto, cual es que en términos sociales dicha discusión carece de sentido. En otros términos, la discusión acerca de la demostrabilidad de la libertad, que no es otra que la referida a su existencia, no puede sostenerse en el plano social, puesto

<sup>89</sup> Al respecto vid. JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, pp. 388 y ss.

<sup>90</sup> Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, pp. 247 y ss.; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 161. En la misma línea la STS de 6 de abril de 1990 y la STC de 4 de julio de 1991. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, pp. 394-395.

<sup>91</sup> Como la de JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, pp. 584-586.

<sup>92</sup> Aunque no se comparte aquí su formulación –o más bien, no se comprende del todo–, constituyen una honrosa excepción a esta tendencia los intentos de SCHÜNEMANN, *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo*, pp. 147 y ss.; EL MISMO, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentarse und des Wienerer Kommentars* (GA 1986) pp. 293 y ss.; y, más recientemente, EL MISMO, *La culpabilidad: estado de la cuestión* (trad. Felip i Saborit y Ragués i Vallès), en Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köhler, "Sobre el Estado de la Teoría del Delito", pp. 91 y ss.

que la sociedad está estructurada "como si la libertad existiese". En otros términos —y aunque aquí no dudamos de la existencia de la libertad más allá de su reconocimiento social— incluso si se demostrara que la libertad no existiera, dicha conclusión no tendría validez alguna en el plano social mientras la sociedad no la insertara como una variable comunicativa dentro de sus operaciones. En palabras simples, la actual configuración del sistema de imputación, que atribuye responsabilidades preguntándose por la culpabilidad, demuestra que, desde la perspectiva social, la libertad no debe ponerse en duda<sup>93</sup>. Esto implica que, si se afirma con Hruschka que "imputar" significa "considerar un proceso como acción libre"<sup>94</sup> o con Kant que "imputamos [algo] si simpliciter es atribuido, esto es, cuando es concebido como procedente de la libertad"<sup>95</sup> se concluye que no puede haber imputación sin libertad. Luego, la existencia de la imputación social es indiciaria del reconocimiento social de la libertad, por lo que aun cuando la libertad fuese una ficción, actualmente es una ficción que surte efectos<sup>96</sup>.

Desde esta perspectiva, el sistema se ha dotado de una estructura mediante la que se garantiza que la distribución de cargas seguirá un principio fuertemente arraigado en la sociedad: "el que la hace, la paga"<sup>97</sup>. Este principio, sin embargo, también es un logro evolutivo que se alcanza con posterioridad a la imputación al clan (que incluso llegó a encontrarse legislativamente consagrada, como en el Codex Eurici de la segunda mitad del S. V). Actualmente, si bien en términos extremadamente generales, la formulación negativa de este principio consiste precisamente en la imposibilidad de atribuir una responsabilidad que corresponda a "otro".

El sistema jurídico penal se sirve de dos estructuras para excluir la imputación al "otro": la imputación objetiva por una parte, y la culpabilidad por la otra<sup>98</sup>. En términos de roles, mediante la primera se determina el ámbito de responsabilidad de un determinado rol (determinándose también si era o no de su competencia hacer u omitir lo que no hizo o no omitió); mediante la segunda se determina si la defraudación es atribuible al individuo en el rol o no<sup>99</sup>.

<sup>93</sup> De hecho, si la libertad efectivamente existe o si es, con las conocidas palabras del KOHLRAUSCH, en "Güterbock-Festgabe" (1910) p. 26 (cit. por JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, p. 585), "una ficción necesaria para el Estado" (*staatsnotwendige Fiktion*) es, en términos sociales, completamente irrelevante.

<sup>94</sup> Cfr. HRUSCHKA, *Prohibición de regreso y concepto de inducción*, en RDPC 5 (2000), p. 194.

<sup>95</sup> Según cita de HRUSCHKA, *ibidem*.

<sup>96</sup> Hasta tal punto es así, que incluso en el caso de que alguna investigación científica llegara a demostrar la "inexistencia de la libertad" (demostrando que todo se trata de condicionamientos previos o alguna otra conclusión monstruosa), el sistema social se plantearía si insertar esa variable en su operación o no respecto de la imputación. En términos simples, incluso si se llegara a demostrar que la libertad no existe, probablemente el sistema jurídico seguiría imputando y estableciendo sanciones.

<sup>97</sup> En el mismo sentido SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip des Selbstverantwortung der Anderen* (Tübingen 1986) pp. 1 y ss., 7 y ss. Vid. también JAKOBS, *La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación*, p. 621.

<sup>98</sup> Con esto se puede vislumbrar la fuerte relación entre culpabilidad e imputación objetiva. No nos detendremos aquí en la segunda.

<sup>99</sup> Sobre esto, abundantemente, Piña Rochefort, *Rol social y sistema de imputación*, *passim*.

Dentro de la atribución a la culpabilidad, el problema del libre albedrío ha estado siempre presente, tanto para declararlo presupuesto de toda culpabilidad<sup>100</sup>, como para negar su relevancia<sup>101</sup>. Ya hemos afirmado que la libertad se encuentra en la base de la culpabilidad, de modo que un análisis funcional no se opone a ella, sino más bien la presupone. A tal punto la presupone, que a nivel episódico se pregunta por ella para atribuir responsabilidad por desviación del rol. Solo así puede comprenderse, por ejemplo, que se otorgue relevancia a determinados errores para la exclusión de la responsabilidad penal. De hecho, ¿qué diferencia puede haber entre un error vencible y un error invencible en la esfera social? ¿Qué podría explicar que a uno se le otorgara eficacia excusante y a otro no?

Habitualmente los intentos de "funcionalización" de la culpabilidad cometen un error fundamental cual es la observación solo parcial de la función a cumplir. En otros términos, si solo se considera la necesidad de estabilizar las expectativas dirigidas a los partícipes "personas" de la vida social, es evidente que es posible funcionalizar la culpabilidad de esas "personas" de manera de permitir que el sistema cumpla su función. O lo que es lo mismo, si la legitimación del sistema de imputación descansa en el cumplimiento de su función dentro de la sociedad, cualquier concepto de culpabilidad que utilice será legítimo, siempre que dicho concepto se encuentre igualmente determinado por su función. Sin embargo, si se tiene presente que el sistema también debe mantener estables las expectativas que a él se le dirigen el razonamiento varía. Incluso es posible afirmar que la verdadera función del sistema jurídico penal es estabilizar —o, tal vez, hacer tolerables— las contradicciones entre las necesidades de prevención y las necesidades de garantía. Luego la pregunta por el libre albedrío no debe funcionalizarse exclusivamente respecto de la función de prevención, sino también respecto de la función de garantía. Y, en una sociedad estructurada sobre la base de la libertad, y sobre la responsabilidad por los actos libres —aun cuando en ocasiones, por convencionalismos sociales, pidamos disculpas por no actos o actos no libres (!)<sup>102</sup>— no tiene sentido que las operaciones del sistema jurídico puedan desentenderse episódicamente de ella.

Es evidente que la configuración última de la relevancia de la libertad en la operación del sistema la otorga el propio sistema. Es él el que le otorga una ubicación operativa y una relevancia estructural. Tampoco es posible negar que ello no es un proceso forzoso, y que la pregunta por la libertad de los actos es también un logro evolutivo. Sin embargo, en la actual configuración de la sociedad, no parece posible afirmar que la pregunta por el libre albedrío sea irrelevante. Es cierto que la respuesta que se dé a dicha pregunta debe orientarse según la función del Derecho en la sociedad, pero es igualmente cierto que la

<sup>100</sup> Vid. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, pp. 127 y ss; WELZEL, *Strafrecht*, § 21 y § 29, I, 3; EL MISMO, *Personlichkeit und Schuld*, ZStW 60 (1941), pp. 428 y ss; JESCHECK, *Derecho Penal*, PG, § 37, I, 2 a y b; STRATENWERTH, *AT*, marginal 513; BOCKELMANN, *Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit*, ZStW 75 (1963), pp. 372 y ss. SCHÜNEMANN, como en nota 92.

<sup>101</sup> Vid. JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, pp. 584 y ss.; ROXIN, *Zur Problematik des Schuldstrafrechts*, ZStW 96 (1984), pp. 641 y ss., 651: para quien el juicio acerca de la culpabilidad "no depende de si la libertad y responsabilidad del hombre es filosófica o psicológicamente demostrable, sino de si es teleológicamente adecuado tratarlo como libre y responsable".

<sup>102</sup> Cfr. JAKOBS, *El concepto jurídico penal de acción*, pp. 103.

función del Derecho no consiste solo en la prevención. Luego, cuando se afirma que "este concepto [el de libre albedrío], que desde luego carece de dimensión social, es necesario solo si con el juicio de culpabilidad no ha de conseguirse únicamente un efecto social, sino también una desvaloración del individuo"<sup>103</sup>, se comete, de entrada, el error de atender exclusivamente a un tipo de "efecto social". Por el contrario, el problema exige tener presente que la consideración y comunicación acerca del libre albedrío, también producen efectos sociales. En otras palabras, aun cuando nos limitemos "al aseguramiento del orden social"<sup>104</sup>, ello pasa por la estabilización de todas las expectativas que se ponen en juego, tanto las dirigidas al sujeto que aparentemente las ha defraudado, como al sistema que ha de enlazar comunicaciones a ello.

De cualquier modo, es imprescindible reconocer que la clausura operativa del sistema implica que el concepto de libertad requiera de una revalidación. Mediante ella —o lo que es lo mismo, mediante la asignación de una función dentro del sistema— se produce una reconfiguración de la libertad para el sistema jurídico-penal, que no necesariamente con el contenido y función que le atribuyen otros sistemas sociales.

### 3. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN EXCLUSIVA DE BIENES JURÍDICOS

#### 3.1 *Generalidades*

El principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, como estructura de legitimidad, es aquel que impone al Derecho penal limitar su intervención a la protección de los bienes jurídicos más valiosos. Es, desde esta perspectiva, complemento de otras estructuras como el principio de subsidiariedad, fragmentariedad y proporcionalidad. Es una estructura de legitimidad porque es posible orientar la intervención penal (tanto en el plano abstracto —conminación— como en el concreto —imposición—) según si existe o no un bien jurídico detrás de dicha incriminación o si ese bien jurídico supera o no el umbral de relevancia de modo de justificar la intervención penal.

En cuanto logro evolutivo, el origen del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos surge a partir de la necesidad de racionalizar la intervención penal y evitar la incriminación e imposición de penas por hechos simplemente amparados en la sensibilidad social o en la arbitrariedad del Estado. También evolutivamente, la confianza en la capacidad de estos bienes jurídicos de limitar la intervención penal terminó por confundir su carácter legitimador con la propia función del Derecho penal. En este sentido es común encontrar la afirmación de que la función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos.

De todos modos, parece difícil poder afirmar que la misión del Derecho penal sea la protección de bienes jurídicos, sino más bien la protección de un orden valioso, de un sistema de expectativas que permite la vida social. La función de los bienes jurídicos es mantener orientada la operación del sistema penal al cumplimiento de esa función, pero no es su cumplimiento mismo. Esto no quiere decir que el principio cumpla una función menor en el sistema. Toda estructura de legitimidad es una estructura de capital

<sup>103</sup> JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, p. 585, con referencias (cursivas en el original).

<sup>104</sup> *Ibidem*.

importancia. Sin embargo, la función de legitimación de los bienes jurídicos es más relativa de lo que habitualmente se sostiene.

### 3.2 El bien jurídico como estructura de legitimación

Ya desde la inicial formulación de BIRNBAUM<sup>105</sup>, la importancia de los bienes jurídicos es raramente discutida en el plano de las garantías del Derecho penal<sup>106</sup>. Sin embargo, el debate acerca de su ubicación dentro del sistema —y su carácter fundamentador de la intervención penal— ha sido bastante más complejo<sup>107</sup>.

Recordemos nuestros puntos de partida: (1) el sistema jurídico-penal no solo estabiliza expectativas que se dirigen a los partícipes de la vida social sino también que debe hacerse cargo de las expectativas que se le dirigen al propio sistema y cuya defraudación es igualmente perturbadora. (2) Para cumplir con dicha función el sistema se dota de estructuras de legitimidad, por medio de las cuales da coherencia y limita su operación. Estas estructuras son mecanismos de orientación, por medio de las que el sistema controla —o puede controlar— que no está yendo más allá de lo que debe<sup>108</sup>; en palabras simples, son una alarma que suena si la operación del sistema enlaza comunicaciones jurídico-penales cuando no debe<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> En su artículo fundacional *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechenens*, en "Archiv des Kriminalrechts", Neue Folge, 1834. Acerca del origen del concepto de bien jurídico vid., por todos, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechenens*, Athenäum Verlag (Frankfurt 1972) pp. 38 y ss., 43 y ss.

<sup>106</sup> Vid., KAUFMANN, *Die Aufgabe des Strafrechts*, en "Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge" (Colonia-Berlín-Bonn-Munich 1982) pp. 263 y ss.; MAURACH/ZIPP, § 19, 5; con una visión panorámica de la discusión, AK-HASSEMER, antes del § 1, mn. 243 y ss.; EL MISMO, *La ciencia jurídica penal en la República Federal Alemana* (trad. Hormazábal Malarée), en ADPCP 46 (1993), pp. 55-57. Incluso JAKOBS, *Derecho Penal, PG*, naturalmente reticente a la teoría del bien jurídico, ha manifestado la inutilidad de "rechazar rotundamente esta doctrina". En el ámbito español vid., por todos, ARROYO ZAPATERO, *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, en "Revista Jurídica de Castilla-La Mancha" N° 1 (1987) p. 103; OCTAVIO DE TOLEDO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, ADPCP (1990), pp. 5-27; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 267 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, pp. 233-236. En contra, haciendo notar que en sus orígenes el concepto de bien jurídico no pretendía limitar al legislador, sino expresar, interpretar y sistematizar su voluntad como *ratio legis* del *ius positum*, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, pp. 128-129; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, p. 389.

<sup>107</sup> Vid., a modo de ejemplo, JESCHECK, *Derecho Penal, PG*, § 26, I, 2; ROXIN, *Derecho Penal, PG*, pp. 67-71; MAURACH/ZIPP, *Derecho Penal, PG*, § 13, II, 10 y ss.; WELZEL, *Derecho Penal*, pp. 12 y ss. Especialmente críticos a la idea del bien jurídico como estructuralmente relevante para operación del sistema penal, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt 1972, pp. 330 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal, PG*, pp. 47 y ss. y KÖHLER, *Strafrecht, AT*, pp. 24-25.

<sup>108</sup> En esta línea, sin duda, se enmarcan las SSTC 11/1981 (8 de abril, pte. Díez-Picazo y Ponce de León) y 62/1982 (15 de octubre, pte. Gómez-Ferrer Morant) por las que se estableció expresamente que la protección de bienes jurídicos es requisito indispensable de cualquier limitación de derechos constitucionales.

<sup>109</sup> Acerca del principio de protección exclusiva de bienes jurídicos como límite del *ius puniendi* vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, pp. 366 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal, PG*, pp. 91 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, PG*, pp. 64 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, PG*, pp. 82 y ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal, PG* (5ª ed. ), pp. 317 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 267 y ss.

Si bien el surgimiento del principio de protección de bienes jurídicos es eminentemente garantista, las vicisitudes históricas del propio concepto de "bien jurídico"<sup>110</sup> y la posterior instrumentalización del concepto han dificultado que cumpla su función a cabalidad<sup>111</sup>. El problema que se presenta en este punto no es menor. La propia abstracción del concepto de bien jurídico, sin mayor vinculación con un "bien no jurídico" que la protección que le otorga el Derecho, impone tremendas dificultades a la función garantística<sup>112</sup>.

En primer lugar, porque para que el bien jurídico logre cumplir alguna función limitadora debe abandonarse toda perspectiva formalista y buscar su contenido material<sup>113</sup>. El verdadero problema estriba en la selección de los bienes a proteger jurídicopenalmente. La función de garantía o, en los términos aquí empleados, el carácter de estructura de legitimidad, pende del criterio que se siga para la selección de los bienes protegibles<sup>114</sup>. Parece evidente que ningún bien jurídico se protege en sí, sino que la protección que se le otorga busca algo más allá de la mera mantención u optimización del bien<sup>115</sup>. Esto ya da algunas pistas acerca de la ubicación del bien jurídico dentro del sistema jurídico-penal, pues si la función de garantía pende de la selección de los bienes a proteger, no pueden ser estos los que orientan la operación del sistema penal, sino que debe serlo *el criterio* con el que dichos bienes se seleccionan. Y dicho criterio no es otro que la función para la que se ha diferenciado un sistema jurídico-penal dentro de la sociedad.

Una de las principales aspiraciones de la teoría del bien jurídico es evitar la punición del "mero actuar contra las buenas costumbres", "la mera inmoralidad" o, más

<sup>110</sup> Vid., para un resumen de la historia del concepto, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, pp. 128 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, pp. 368 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español*, pp. 50 y ss. Vid., además, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, pp. 54-55.

<sup>111</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, PG (5ª ed.), pp. 325, para quienes "el énfasis en torno a la función garantizadora del bien jurídico no debe ser exagerado".

<sup>112</sup> Respecto de los problemas que presenta en el plano de las garantías, en que el bien jurídico se extrae de las tipificaciones legales en lugar de orientarlas vid., gráficamente, SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión* (2ª ed.), p. 114, n. 276 y CANCIO MELIÁ, *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, pp. 146-147.

<sup>113</sup> En el mismo sentido MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, pp. 131-132 y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, pp. 368-369.

<sup>114</sup> Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal)*, RFDUC 69, otoño 1983, pp. 86-87. Naturalmente, en la búsqueda de esa realidad que se encuentra más allá del propio bien jurídico, se da la más amplia gama de posturas, desde las más "personalistas", como la de MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, PG (Valencia 2000) pp. 64 y ss. hasta los postulados más sociales bajo el alero del funcionalismo.

<sup>115</sup> De hecho, si el propio derecho a la vida se protegiera en sí, nunca podría estar justificada una legítima defensa que acabara con la vida del agresor. O, aún peor, deberíamos castigar igual de severamente que al homicida, al piloto que decide estrellar la avioneta en llamas contra una pequeña casa evitando que caiga en un colegio lleno de niños, y matando a un único morador. VIVES ANTÓN, *La libertad como pretexto*, en la colección de artículos del mismo nombre (Tirant lo blanch, Valencia 1995) p. 400, lo ha expresado en los siguientes términos: "(...) incluso el Derecho a la vida quedaría aniquilado si se erigiese en absoluto porque, así entendido, recabaría para sí una tutela del mismo género. Y una tutela absoluta que prohibiese como ilícito *cualquier peligro* para la vida (no solo las lesiones y ciertos peligros cualificados), haría imposible la vida misma, dejando el Derecho sin objeto" (cursivas en el original).

allá "la actitud contraria a los intereses políticos dominantes", etc.<sup>116</sup>. Sin embargo, no es posible demostrar la necesidad de proteger el bien jurídico-penalmente, a partir de los mismos bienes; entre otras cosas, por la propia mutabilidad del concepto<sup>117</sup>. Es preciso incorporarles la dañosidad social, esto es, el modo en que el atentado a dichos bienes trae aparejado un atentado contra el orden social, pues como ha dicho JAKOBS: "La configuración del orden que ha de proteger el Derecho penal no viene definida por todos los bienes y no siempre solo por los bienes. La suma de todos los bienes jurídicos no forma el orden social"<sup>118</sup>. Por otro lado, la sucesiva aparición de bienes jurídicos "universales" tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, ha llevado también a una cierta disolución del concepto que afecta directamente su capacidad de limitación de la intervención penal<sup>119</sup>. Otro tanto puede decirse respecto del proceso de "espiritualización" de los bienes jurídicos, que lo ha privado de la concreción de que gozaban mientras se mantenían en el ámbito de los tradicionales bienes de naturaleza física (vida, integridad) o de Derechos fundamentales (libertad, honor, etc.)<sup>120</sup>.

Por otro lado, incluso una vez determinada la protección de un determinado bien jurídico, el sistema jurídico-penal, en ocasiones, impone (o permite) su sacrificio. Esto porque la sociedad no pretende la mera conservación de bienes, sino posibilitar —y si es preciso a costa de sacrificio— los contactos sociales. Esto explica que no haya ningún bien que se proteja contra todo riesgo, sino solo contra aquellos que emanen de un contacto social no permitido. Obviamente, la determinación de qué contactos sociales están o no están permitidos, no puede emanar del propio bien jurídico penalmente protegido<sup>121</sup>.

<sup>116</sup> Cfr. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, JuS 1966, pp. 377 y ss.; EL MISMO, *Derecho Penal*, PG, pp. 52-53 y 59 nm. 22; RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs* (FS für Honig, Göttingen 1970) pp. 151 y ss.

<sup>117</sup> Vid. ROXIN, *Derecho Penal*, PG, pp. 57-58. Y no solo la mutabilidad, con toda razón STRATENWERTH, *Zum Begriff des "Rechtsgutes"* (FS für Lenckner, Múnich 1998) pp. 377-378, ha recordado que para ningún "concepto fundamental" de la dogmática jurídico-penal, se ha otorgado un número tan impresionante de definiciones diversas. Además, como pone de manifiesto OTTO, *Kausaldiagnose und Zurechnung des Erfolgs im Strafrecht* (Karlsruhe, 1972) p. 92, el hecho de que alguien menoscabe un bien jurídico, no interesa como tal, sino como toma de postura del autor frente al ordenamiento jurídico.

<sup>118</sup> Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, p. 56.

<sup>119</sup> Y este proceso excede con creces los habitualmente citados ejemplos del "medio ambiente" o la "seguridad del tráfico rodado", sino que, en algunos casos llega a parecer sorprendente las formulaciones que se pueden encontrar. Así, respecto de los fraudes de subvenciones (tan actuales en la disputa que mantienen la picaresca y la Unión Europea) se ha dicho que el bien jurídico es "la institución de la subvención como instrumento de conducción de la economía estatal y de los objetivos económico-políticos perseguidos por ella" o con los casos de abuso de seguro: "la capacidad social de rendimiento de la institución del seguro como bien jurídico supraindividual". Vid., con abundantes referencias, HIRSCH, *Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico*, en AA. VV., "Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología" (UNED, Madrid 2001) pp. 371-372.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 381.

<sup>121</sup> Ni tampoco una serie de otros supuestos de la imputación jurídico-penal. Cfr., al respecto, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, pp. 56-57.

### 3.3 El verdadero alcance de la estructura "bien jurídico"

Sin embargo, esta incapacidad de la estructura "bien jurídico" para explicar algunas operaciones del Derecho penal, tampoco obsta a su función como estructura de legitimidad<sup>122</sup>. No hay que olvidar, tampoco, que la propia configuración social se concreta por ámbitos de bienes y estos reflejan, en parte, la estructuración que la sociedad se ha dado. En un ejemplo: al margen de los problemas de concreción, un sistema jurídico que ha considerado al "medio ambiente" como un bien jurídico-penal ya se puede presumir estructurado (en cuanto a sus relaciones productivas, en cuanto a su diferenciación social, en cuanto a su grado de evolución, etc.) de un modo diferente de aquel que no le otorga ningún tipo de protección.

Como puede desprenderse, no se trata aquí simplemente de afirmar la limitación de la utilidad del concepto de bienes jurídicos<sup>123</sup>, sino, por el contrario, asumir que si bien no es capaz de explicar cuál es la función del Derecho penal en la sociedad, es una estructura que sí desempeña una función y que permite que el sistema enlace comunicaciones de legitimidad<sup>124</sup>. Puesto en un ejemplo, cada vez que una sentencia limita la intervención punitiva en consideración al bien jurídico protegido, la estructura "bien jurídico" está cumpliendo su función. Esto, además, vuelve a reafirmar la idea de las estructuras como enlaces latentes cuya existencia pende de su actualización. No se trata de reconocer la "influencia del concepto" en la dogmática jurídico-penal, de modo que ello recomendaría no desecharlo. Sino, por el contrario, de reconocer que es una estructura que se actualiza en determinadas operaciones del sistema y que limita su intervención. En palabras simples, la imposibilidad de desechar el concepto de bien jurídico no ha de pender de una intuición sino del reconocimiento de que actualmente –y por modesta que sea<sup>125</sup>– cumple una función en el sistema jurídico-penal.

Hemos afirmado que la función del sistema jurídico-penal es la estabilización de ciertas expectativas sociales, con el objeto de que los partícipes de la vida social puedan estructurar su conducta sin excesivos riesgos de defraudación. Esas expectati-

<sup>122</sup> Expresamente contrario a la idea de que el concepto de bien jurídico sería adecuado solo para una parte de las disposiciones penales, HIRSCH, *Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico*, en "Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología. Congreso internacional. Facultad de Derecho de la UNED" (Madrid 2001) p. 385.

<sup>123</sup> Como hace JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, p. 45.

<sup>124</sup> Expresamente lo ha reconocido JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, pp. 250-251. Vid, al respecto, PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación*, p. 37 y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 277 y ss. Es exactamente en este punto donde pueden hacerse compatibles un sistema orientado funcionalmente y la crítica de AMELUNG, *Rechtsgüterverletzung und Sozialschädlichkeit*, en Jung/Müller-Dietz/Neumann, "Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung" (Baden-Baden 1991) p. 275: "Quien toma como punto de orientación el principio de protección de bienes jurídicos", no podrá "legitimar las normas por sí mismas", sino que tendrá, "por el contrario, que demostrar las consecuencias indeseadas que se hayan tras el quebrantamiento de la norma". El carácter del bien jurídico penalmente protegido de *estructura de legitimidad* enlaza perfectamente ambas ideas. Por su parte, si lo entiendo bien, OCTAVIO DE TOLEDO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, p. 9, al oponerse "a las teorías funcionalistas y sistémicas, cuando se adoptan sin ese presupuesto [del bien jurídico como límite]", reconocería la posibilidad de que dichas teorías pudiesen formularse reconociendo la utilidad del bien jurídico.

<sup>125</sup> En caso que lo sea.

vas pueden dirigirse tanto a los "otros partícipes" de la vida social, como al sistema mismo. Para este segundo tipo de expectativas el sistema ha diferenciado estructuras de legitimidad que orientan su propia operación. Dichas estructuras (o algunas de ellas, como el *bien jurídico*), son hasta tal punto íntimas al sistema, que han llegado a confundirse con el fin de protección. Sin embargo, un sistema diferenciado para cumplir una función en la sociedad, solo encuentra su legitimidad en el cumplimiento de dicha función. *Un sistema jurídico incapaz de otorgar las certezas mínimas para la vida en sociedad es un sistema inútil y un sistema que aplica sanciones sin ninguna utilidad social es un sistema ilegítimo*<sup>126</sup>.

Hay que estar a la función del sistema jurídico –y en un sistema legítimo su operación coincide con el cumplimiento de su función– para determinar cuáles serán los bienes jurídicos protegidos. Pero no solo eso, incluso hay que estar a ella para determinar qué es atentar contra un bien jurídico protegido y para determinar cuándo es preciso sacrificarlo.

\*\*\*

Con formulaciones de esta naturaleza tal vez sea posible enfrentar de un modo distinto las críticas de sociologismo, es decir, aquellas que sostienen que un sistema jurídico-penal conformado de este modo, se vería en la obligación de adaptarse necesariamente a cualquier convicción o sentimiento social<sup>127</sup>. No se trata aquí de indagar acerca del consenso social sino de la estructuración social (si tras ella se esconde algún tipo de consenso es algo que se mantiene inexplorado). Precisamente para ello se han diferenciado estructuras de legitimidad. Aquellas comunicaciones que guardan relación con la "legitimidad" de la operación del sistema constan de estructuras especializadas que "saltan" ante algunas de ellas. Se produce en dicho momento una especie de "enlace forzoso" que desplaza a todas las demás comunicaciones que podrían haberse enlazado. Ejemplo: ante aquellas comunicaciones que versan sobre la punibilidad de un determinado hecho, flagrantemente ilícito y causa de gran conmoción pública, por aplicación analógica de un tipo que no lo cubre exactamente, una de la estructuras de legitimidad enlaza forzosamente comunicaciones cuyo contenido versa sobre el *nullum crimen sine lege*.

De este modo, las estructuras de legitimidad otorgan coherencia a las operaciones del sistema y así, ante diversas comunicaciones subsumibles bajo un mismo código, el sistema no requiere preguntarse por la conveniencia o no de una determinada selección, sino simplemente enlaza una respuesta predefinida. Esa predefinición es precisamente la

<sup>126</sup> Esto no necesariamente debe entenderse como *lógica utilitarista*, sino simplemente es una conclusión evidente de un análisis funcional y del concepto mismo de *necesidad social*. En el mismo sentido JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 366: "Una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado".

<sup>127</sup> Aunque el propio JAKOBS, *Derecho Penal, PG*, p. 863, ya se ha hecho cargo de este punto, acertadamente, al criticar la teoría de la impresión para justificar la punibilidad de la tentativa. Lo decisivo en dicha opción no es la conmoción social, sino la legitimidad de la intervención jurídico-penal antes de la realización del tipo. Cfr. PEÑARANADA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación*, p. 37.

que la dota de legitimidad, pues en ella confluyen todas las expectativas comprometidas, tal como el sistema lo ha establecido con antelación. Cuando estas estructuras operan, el sistema se orienta a cabalidad al cumplimiento de su función y se reducen al máximo las antinomias entre garantía y prevención. De hecho, las garantías de las personas son la prevención respecto de la operación del sistema.

---

Fecha de recepción: 21 de diciembre de 2004

Fecha de aceptación: 25 de enero de 2005

---