

Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos *

Winfried Hassemer **

1. SÍMBOLOS Y DERECHO PENAL

Quien relacione derecho penal y “efectos simbólicos” se convierte en sospechoso. La prisión preventiva y la pena privativa de libertad, las penas de multa, la obligación de testificar, son todas ellas intervenciones más que puramente simbólicas en los derechos de las personas. Los inmensos costes de la administración de justicia, los cuales son pagados no solo por el contribuyente sino en ocasiones por la parte directamente implicada¹, no tendrían en un derecho penal gestionado de forma meramente simbólica ningún equivalente.

Y la gran seriedad con la cual cotidianamente se debate política y científicamente acerca de la efectividad y justeza del derecho penal se vería desautorizada si este tuviera un objeto exclusivamente simbólico. Los procesamientos, los juicios y las penas tienen unas raíces demasiado profundas en nuestras vivencias personales y sociales como para poder aceptar su aspecto solamente simbólico².

Y aun así debemos tomarnos este tema en serio. Los investigadores políticos, sociólogos y criminólogos norteamericanos ya desde la

* Traducción de ELENA LARRAURI.

** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Frankfurt.

¹ Véase §§ 464 y ss. del StPO. Sigo siendo de la opinión que la obligación respecto de los costes del procesado (§ 465 StPO) está expuesta a objeciones fundamentales: un examen de las razones dogmáticas, politicocriminales y constitucionales en contra de esta la obligación en ZStW 85 (1973), 651 y ss.

² Cfr. también ARTHUR KAUFMANN, “Haande weg von symbolischen Gesetzen!”, en *Arztliche Praxis*, 1987, 205.

década de los sesenta³ han analizado que la política no es solo cuestión de poder e intereses, sino que también abarca la provisión y defensa de símbolos: procesos de "elaborating symbols" y "summarizing symbols" (los cuales tienen también un potencial emotivo y manipulativo)⁴ o la eliminación y concreción de los símbolos (los cuales tienen solo una relación vaga con la realidad preexistente, y con ello desarrollan una capacidad de crear una nueva realidad aparente y ficticia)⁵. Cuando se analiza el fenómeno norteamericano de la prohibición⁶, encontramos aspectos como los "empresarios morales" y las "cruzadas simbólicas", ello significa que la prohibición estatal solo tiene como una de sus funciones evitar o minimizar el comportamiento prohibido: tras ella existen valores culturales y morales que simbolizan un determinado estilo de vida, y que son colonizados por medio de la prohibición penal. Y, finalmente, también la nueva criminología tiene que ver con símbolos; al amparo de las teorías del "labelling approach"⁷, las cuales pueden ser vistas como variantes de la criminología crítica⁸, sostienen los teóricos del llamado "interaccionismo simbólico"⁹ que la criminalidad no es un objeto preexistente, sino el resultado de una determinada interacción en la cual el legislador tiene un papel activo y en la que el proceso es fundamentalmente simbólico, de adscripción de etiquetas y estigmas al ofensor.

Quien vea ello demasiado lejano o demasiado conspiratorio puede recurrir a ejemplos más cercanos.

Ya HANS RYFFEL en su temprano tratado clásico de filosofía *Rechtssoziologie*¹⁰ sostuvo: "también en nuestro ordenamiento jurídico¹¹, las funciones latentes y sim-

³ Al respecto, con atención al derecho penal, véase a MONIKA VOB, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*. Diss. München 1987, cap. 8, B14, CI; HASSEMER/STEINERT/TREIBER, "Strafgesetzgebung. Soziale Reaktion auf Abweichung und Kriminalisierung durch den Gesetzgeber", en HASSEMER/LÜDERSSEN (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Band III: Strafrecht, 1978, págs. 23 y ss.

⁴ S. B. ORTNER, "On Key Symbols", en *American Anthropologist* 75 (1973), págs. 1338 y ss.

⁵ EDELMAN, *Politik als Ritual. Die symbolische Funktion staatlicher Institutionen und politischen Handelns*, 1976; al respecto con consideración del derecho penal, GALLANDI, *Staatsschutzdelikte und Pressefreiheit*, 1983, págs. 205 y ss.

⁶ Un clásico: GUSFIELD, *Symbolic Crusade. Status Politics and the American Temperance Movement*, 1963.

⁷ Al respecto KAISER, *Kriminologie*, 8ª ed., 1989, págs. 144 y ss.

⁸ Al respecto SACK, "Kritische Kriminologie", en *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 2ª ed., 1985, págs. 277 y ss.

⁹ Adicionalmente STEINERT, *Symbolische Interaktion. Arbeiten zu einer reflexiven Soziologie*, 1973; del mismo, "Das Handlungsmodell des symbolischen Interaktionismus", en LENK (Hrsg.), *Handlungstheorien*, Bd. 4, 1977, págs. 79 y ss.; STANGL, "Staatliche Normgenese und Symbolischer Interaktionismus", en *Kritische Kriminologie heute. Beiheft 1986 des Kriminologischen Journals*, págs. 121 y ss., 128 y ss.; respecto del "labelling approach" referido al derecho penal simbólico, VOB (cit. en nota 3), Cap. C 1.

¹⁰ RYFFEL, *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, 1974, pág. 256.

¹¹ RYFFEL partía de (pág. 255) la ley noruega de 1948, a la que VILHELM AUBERT ["Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung"], en HIRSCH/REHBINDER (Hrsg.) *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, 1967, págs. 284 y ss. había hecho internacionalmente célebre, por suministrar funciones solamente latentes (simbólicas): la pretendida protección del sirviente no se producía en modo alguno; en vez de ello el legislador aparentaba realizar algo para este grupo sin tener que perjudicar los intereses contrarios del empresario; una ganancia política considerable. En numerosos países que exigen legalmente un salario mínimo puede actualmente observarse el mismo fenómeno.

bólicas del Derecho son amplias y juegan un rol importante. Ello es cierto fundamentalmente en el derecho económico, pero también en el derecho penal"¹². Ha sido especialmente PETER NOLL quien se ha preocupado extensamente de la "promulgación de leyes simbólicas". Ya en su *Gesetzgebungslehre* había advertido de forma cautelosa¹³ que "leyes con un carácter exclusivamente simbólico"¹⁴ no son "excesivamente infrecuentes". Posteriormente¹⁵ desarrolló este tema de modo monográfico y adoptó las enseñanzas de la "teoría del comportamiento"; esta estudia "reacciones de sustitución", y se refiere con ello a los comportamientos de animales que se agotan en actitudes de combate o amenazantes porque no están en condiciones de llevar a cabo la batalla real: del mismo modo también en el caso de leyes simbólicas obra una exigencia de regular sin que al propio tiempo existan las condiciones para su aplicación y ejecución. En el ínterin ha aumentado tanto la literatura¹⁶ acerca de la función simbólica del derecho y especialmente del derecho penal, que merece la pena realizar un inventario crítico y señalar vías de ulteriores análisis.

2. FORMAS DE DERECHO PENAL SIMBÓLICO

Que las leyes, especialmente las penales, están vinculadas de una u otra forma a efectos simbólicos, no es en principio ningún reproche, sino que, al menos de acuerdo con la opinión contemporánea, es una simple obviedad¹⁷. Las justificaciones para ello son múltiples y —cuando menos en una primera aproximación— ampliamente discutidas.

A) Clasificación

En la literatura se puede encontrar ya una clasificación plausible de diversas formas simbólicas de derecho¹⁸:

¹² A los dos ejemplos de legislación simbólica que RYFFEL introduce en pág. 256, nota 18, él los caracteriza como de "golpe en el vacío" y de *ut aliquid fieri videatur*.

¹³ NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, pág. 157.

¹⁴ Con ello entendía "Leyes que de antemano no son apropiadas para ser aplicadas, las cuales pretenden con la excusa de su promulgación conseguir unos efectos sociales distintos de los que se alcanzarían en caso de ser aplicadas".

¹⁵ NOLL, "Symbolische Gesetzgebung", en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1981, págs. 347 y ss.

¹⁶ Compárese, además de los ya mencionados, AMELUNG, "Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 92, 1980, págs. 19 y ss., 54 y ss.; HEGENBARTH, "Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze", en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1981, págs. 201 y ss.; NEUMAN/SCHROT, *Neure Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980, págs. 114 y ss.; SCHILD, "Funktionale und nicht-funktionale Bedeutung des Gesetzes. Einige Anmerkungen zur Gesetzgebungslehre am Beispiel des materiellen Strafrechts", en *Festschrift für Weimar*, 1986, págs. 195 y ss., 197 y ss.; STEINERT, *Über die Funktionen des Strafrechts in Festschrift für Broda*, 1976, págs. 335 y ss., 350 y ss.

¹⁷ En el mismo sentido también VOB, cap. C, nota 3.

¹⁸ VOB, cap. B I 4 a, nota 3, detalladamente; compárese otra clasificación en AMELUNG, nota 16, págs. 49 y ss.

— Leyes de declaración de valores (ejemplo: aborto —entre la exigencia moral de la mujer a su determinación— y descendencia, por un lado, y la confirmación de la prohibición de matar, por otro lado);

— Leyes con carácter de apelación (moral) (ejemplo: derecho penal del medio ambiente con el objeto de dotar de conciencia ecológica a las personas que ocupan posiciones relevantes —StGB—);

— Respuestas sustitutorias del legislador: leyes que sirven de coartada, leyes de crisis (ejemplo: leyes en contra del terrorismo con el fin de por lo menos tranquilizar el miedo y las protestas públicas);

— Leyes de compromiso (ejemplo: cláusulas penales generales, las que si bien son poco decisorias, siempre tienen un núcleo central para satisfacer la “necesidad de actuar”).

B) Ejemplos

No solo el número sino también la amplitud del fenómeno resulta difícil de exagerar.

Así la supresión del plazo de prescripción para los asesinatos (nazis) por medio de la ley 16 de 16. 7. 1979 (§ 78 II StGB)¹⁹ y la sanción penal del genocidio desde 1954 (§ 220a StGB)²⁰ tenían su significado politicocriminal no en la realización instrumental del texto de la ley sino en la asimilación del período nazi detrás de ellas, y fundamentalmente en consideraciones políticas. Del mismo modo se pueden encontrar exigencias pedagógicas excesivas en el derecho penal, no solo en la pretensión de crear una conciencia ecológica mediante el derecho penal del medio ambiente, sino también respecto de la exigencia de “revalorizar el rol de la mujer” en el fenómeno de la violencia contra las mujeres con base en un endurecimiento del derecho penal sexual o en la inclusión de un nuevo tipo penal: “Violación en el matrimonio”²¹.

En la determinación de la pena no se puede entender su principio fundamental de “defensa del ordenamiento jurídico” (§§ 47, 56 III, 59 I num. 3 StGB) sin tomar en consideración sus facetas simbólicas²²: la “conservación de la confianza del pueblo en el derecho”²³, o la “confianza del pueblo en la invulnerabilidad del derecho y en la protección del ordenamiento jurídico frente a ataques delictivos”²⁴, los que a pesar de estar instrumentalmente formulados son alcanzables, si

¹⁹ Al respecto NEUMANN/SCHROTH (nota 16), pág. 115.

²⁰ Véase CAMPBELL (§ 220a StGB), *Der richtige Weg zur Verhütung und Bestrafung von Genozid?*, 1986, especialmente págs. 175 y ss. “Vergangenheitsbewältigung und außenpolitische Zwecke als die symbolische Funktionen dieser Strafnorm”.

²¹ Al respecto FROMMEL, “Das klagliche Ende der Reform der sexuellen Gewaltdelikte”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1988, págs. 233 y ss.

²² Véase W. HASSEMER, “Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze”, en *Festschrift für Coing*, I, 1982, págs. 504 y ss. y 521.

²³ BGHSt 24, 40 (45).

²⁴ Ambos en BGHSt 24, 64 (66).

acaso por medio de intervenciones simbólicas. La conservación y promoción de la confianza y fidelidad en el derecho son procesos comunicativos y de largo alcance, con una plétora de variables cognitivas y emotivas, un engranaje, en el cual las decisiones penales representan solo un minúsculo tornillo (del cual no siempre se sabe en qué dirección gira).

C) Rasgos de un derecho penal moderno

Esto son solo ejemplos. Si se observa más detenidamente, puede observarse que estos ejemplos son casos aislados solo aparentemente.

Lo que es válido para el principio de “defensa del ordenamiento jurídico” es válido para todos los fines de la pena orientados de forma preventiva, especialmente para la teoría de la prevención general positiva²⁵.

En tanto que esta función implica más que un mero adiestramiento y cruda modificación de comportamientos²⁶, está obligada a realizar una intervención simbólica sobre sus destinatarios (el delincuente condenado en el caso de la resocialización y todos en los modelos preventivo-generales)²⁷. Debe implantar una determinada visión del derecho penal en las mentes de la gente, que enfatice la invulnerabilidad, la igualdad y la libertad, ya que de otra forma no puede esperarse una aceptación²⁸ de las partes. Cuanto más exigentes se formulen los fines preventivos de la pena (resocialización del delincuente; intimidación de la capacidad delictiva; reafirmación de las normas fundamentales), cuanto más extensos sean sus fines, tanto más claramente aparece su contenido simbólico: persiguen, con la ayuda de una intervención instrumental del derecho penal (en cierto modo acorde con esta práctica), transmitir (cognitiva y emotivamente) el mensaje de una vida de fidelidad al derecho.

Transmisión simbólica de una vida fiel al derecho por medio de una utilización instrumental del derecho penal: esta es la característica de un derecho penal contemporáneo desde que finalizó —si alguna vez hubo un inicio²⁹— una fundamentación absoluta de la pena. Lo que en nuestro siglo se conoce como “teoría retributiva”

²⁵ Respecto a la teoría de la prevención general véase mi trabajo “Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht”, en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, 1983, págs. 39 y ss., 57 y ss.; para esta teoría, bajo el aspecto de legislación simbólica, VOB, cap. C II, nota 3.

²⁶ Al respecto H. J. SCHNEIDER, *Kriminologie*, 1987, págs. 841 y ss.

²⁷ Especialmente laónico, LÜDERSSEN, “Die generalpräventive Funktion des Deliktssystems”, en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979, págs. 54 y ss., 64 y ss. y 69.

²⁸ En el mismo sentido, LÜDERSSEN, pág. 66.

²⁹ El propio KANT, de quien proviene especialmente una fundamentación absoluta de la pena, tendió un puente entre la realización de la justicia y su valor para la vida de los hombres, y en este contexto criticó no el vínculo entre la justicia penal y sus efectos para la sociedad, sino más bien (en primer lugar) una lesión de la justicia penal en interés de una doctrina de la felicidad utilitarista (*Metaphysik der Sitten*, II, Teil 1, Abschnitt, E. Vom Straf und Begnadigungsrecht): “La ley penal es un imperativo categórico, y pobre de aquel que arrastre la serpiente de la felicidad para encontrar algo que, a través de la ventaja que promete, se desprenda de la pena; ...ya que cuando se renuncia a la justicia, carece de valor para los hombres la vida...; ya que la justicia cesa de serlo cuando se vende por algún precio”.

No puedo inferir de este texto la idea de la justicia como objetivo; parece más bien una condición de la vida social.

—desde LOBE, pasando por NAGLER, hasta MAURACH y WELZEL³⁰—, tiene en realidad fines preventivos en el sentido aquí utilizado. No se trata solo de la aplicación instrumental del derecho penal y de la justicia penal, sino (tras ellos) de objetivos preventivo-especiales y generales: transmitir al condenado un sentimiento de responsabilidad, proteger la conciencia moral colectiva y asentar el juicio social ético; se trata de la confirmación del derecho y de la observancia de las leyes.

3. EL CONCEPTO DE DERECHO PENAL SIMBÓLICO

¿Qué significa por consiguiente la expresión de que las leyes simbólicas “no son infrecuentes”³¹ o que son “un golpe en el vacío”³² —cuando evidentemente son la mayor parte de los supuestos? Parece claro que el problema radica en el concepto de “simbólico”, y que quien utiliza este término para designar un rasgo del derecho penal moderno está utilizando un concepto más amplio —en cualquier caso distinto— que el de quienes denuncian al derecho penal o a parte de este como “solo simbólico”. Por consiguiente debemos prestar atención al propio término “simbólico”.

A) Manifiestas y latentes

El propio término no ha sido objeto de estudio por la doctrina; no he encontrado un concepto preciso y apto de “simbólico” o de “legislación simbólica”. Existe un acuerdo global respecto de la dirección en la cual se busca el fenómeno de derecho simbólico: se trata de una oposición entre “realidad” y “apariencia”, entre “manifiesto” y “latente”, entre lo “verdaderamente querido” y lo “otramente aplicado”; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales. “Simbólico” se asocia con “engaño”, tanto en sentido transitivo como reflexivo.

Así, HEGENBARTH³³ opone el “fortalecimiento simbólico de las normas” a la “seguridad de su cumplimiento”; HILL³⁴ habla de leyes que “no están en situación de efectuar cambios y las cuales solo tienen funciones simbólicas”; RYFFEL³⁵ vincula “simbólico” con “consecuencias latentes” de las leyes; NOLL³⁶ opone las intenciones del legislador a los efectos reales de las leyes, y AMELUNG³⁷, contrapone “prestigio” a “efectividad”.

³⁰ Más documentado en W. HASSEMER, *Strafziele*, nota 25, págs. 48 y ss.

³¹ NOLL, *Gesetzgebungslehre*, nota 13.

³² RYFFEL, ob. cit., nota 12.

³³ Véase nota 16, pág. 202.

³⁴ HILL, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, 1982, pág. 37.

³⁵ Véase nota 19, pág. 255.

³⁶ Compárese la definición con la citada en nota 14.

³⁷ AMELUNG, nota 16, pág. 54.

B) Presupuestos necesarios

Pueden considerarse varios rasgos, los cuales deben ser tomados en consideración cuando se construye el concepto. El término “derecho penal simbólico”: a) tiene sentido solo en una consideración al derecho penal orientado a las consecuencias³⁸. Quien utilice el concepto de derecho penal orientado exclusivamente hacia el interior [*input*]³⁹, como concreción de las normas generales en los casos concretos no puede entender la “gracia” del derecho penal simbólico: la oposición entre efectos manifiestos y latentes (o como quiera denominárselos). Esta vinculación con el concepto actual de orientación a las consecuencias aclara también por qué el fenómeno de “simbólico” tiene actualmente una dilatada existencia;

b) no debiera apoyarse en elementos de disposición⁴⁰ como los “objetivos” o las “intenciones” del legislador⁴¹. Estos elementos presentan sus problemas específicos de aplicación, conocidos por la doctrina del método subjetivo-histórico de interpretación de las leyes⁴²: la mayor parte de las veces el legislador guarda silencio acerca de sus intenciones; frecuentemente las encubre, y generalmente ni siquiera a este le resultan excesivamente claras, especialmente en casos de leyes de compromiso o en prescripciones que contienen distintos mandatos morales (como por ejemplo en el caso del aborto) existe “un” legislador exclusivamente institucional pero no intencional. Debiera por tanto fundamentarse el concepto objetivamente: en vez de en “expectativas” en la “previsibilidad”, en vez de en intenciones en los efectos de las leyes, existencia de unas condiciones previas objetivas y probabilidad de un efecto, en definitiva: no se trata de estudiar fines sino funciones⁴³;

c) solo puede tratarse de un concepto comparativo. El “simbolismo” en la promulgación y ejecución de las leyes no es un *y/o* sino un *mas o menos*. Inclusive, una norma tan concreta como la del homicidio (§ 212 StGB) lleva consigo la esperanza preventiva de fortalecer el respeto a la vida humana; inclusive una regla sospechosamente simbólica como la de “genocidio” (§ 220a StGB) demuestra no solo nuestra adhesión a la Convención de 1948 sobre la prevención y castigo del genocidio y a sus principios fundamentales, sino que adopta un programa de ejecución de normas para casos concretos;

d) no es apropiado solo para denunciar las leyes y su aplicación —sería entonces un comentario anacrónico señalar el carácter simbólico del derecho penal moderno⁴⁴—, ya que también las normas dictadas para ser efectivas persiguen fines

³⁸ Al respecto, detalladamente, mi trabajo sobre la orientación hacia las consecuencias en derecho penal, nota 22, *passim*.

³⁹ Respecto al concepto y significado de funciones, *input* y *output*, LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, págs. 25 y ss., 36 y ss.

⁴⁰ Más extensamente mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, § 19, III.

⁴¹ Así procede, por ejemplo, NOLL en su determinación del concepto “legislación simbólica” en nota 14.

⁴² ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 8ª ed., 1983, págs. 88 y ss.

⁴³ Compárese también VOB, nota 3, pág. 66, con explicaciones adicionales.

⁴⁴ Véase II, 3.

simbólicos; el concepto no puede amparar un reproche. A partir de qué momento la mezcla de componentes instrumentales y simbólicos resulta crítica es una cuestión que no puede precisarse solo con los rasgos del derecho penal simbólico. Sin embargo este momento debiera ser determinable, ya que la denominación de "leyes simbólicas" o "derecho penal simbólico" no es solo un concepto analítico inocuo sino también una designación normativa combativa; expresa no solo descripción sino también crítica.

C) *El elemento de engaño: protección de bienes jurídicos y política*

No es fácil aislar y precisar los elementos del derecho penal simbólico en los que basar la crítica al fenómeno descrito. No es suficiente señalar que se trata efectivamente de una discrepancia (entre funciones manifiestas y latentes o entre efectividad y prestigio)⁴⁵ ya que, como he mostrado, esta discrepancia es un rasgo de todo derecho penal moderno. El objeto debe ser determinado adicionalmente a través de alguna cualidad crítica, para que el "derecho penal simbólico" sea visto como un fenómeno negativo o peligroso.

Esta cualidad crítica se basa —y esta se presenta en todos los casos de promulgación de leyes simbólicas— en la oposición entre apariencia y realidad, apunta al elemento de engaño, a la falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad. Esta cualidad da, en mi opinión, en el objetivo acertado —con los requisitos ya enumerados, que por "engaño" no se entiende una determinada disposición: motivos e intenciones históricas del legislador, sino una cualidad objetiva de la norma⁴⁶ y siendo conscientes de que "promulgación simbólica" es un concepto aumentativo, que describe un "mas o menos" y no un "y/o"⁴⁷.

"Simbólico" en sentido crítico es por consiguiente un derecho penal en el cual las funciones latentes predominan sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos, fuera de los descritos en ella. Con lo cual se entiende —como ya expresa la determinación del concepto— por "funciones manifiestas" llanamente las condiciones objetivas de realización de la norma, las que esta misma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la protección del bien jurídico previsto en ella. Las "funciones latentes" a diferencia son múltiples, se sobreponen parcialmente unas a otras y son descritas ampliamente en la literatura: desde la satisfacción de una "necesidad de actuar" a un apaciguamiento de la población hasta la demostración de un Estado fuerte. La previsibilidad de la aplicación de la norma se mide en la cantidad y cualidad de las condiciones objetivas, las que están a disposición de la realización objetiva instrumental de la norma. Una predominancia de las funciones latentes fundamenta lo que aquí denomino "engaño" o "apariciencia": los fines descritos en la regulación

⁴⁵ Compárese la circunscripción de la literatura en III, 1.

⁴⁶ Véase III, 2, b).

⁴⁷ Véase III, 2, c).

de la norma son —comparativamente— distintos de los que se esperaban de hecho; no se puede uno fiar de la norma tal y como esta se presenta. Finalmente, en esta concreción de "simbólico" no se trata solo del proceso de aplicación de las normas, sino frecuentemente ya de su formulación y publicación: en algunas normas (como § 220a StGB) apenas se espera aplicación alguna.

4. EL ORIGEN DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO

Partiendo de esta determinación del concepto puede comprenderse más ampliamente el fenómeno del derecho penal simbólico.

A) *Orientación a las consecuencias y prevención*

El contraste aparente entre funciones manifiestas y funciones latentes, el cual constituye el núcleo del derecho penal simbólico, se basa en un presupuesto histórico que vale la pena tomar en consideración. Este presupuesto es, como ya he mencionado⁴⁸, la orientación a las consecuencias del derecho penal en la teoría y en la práctica: solo el que se compromete con un derecho penal orientado a las consecuencias, y quiere y puede medir sus efectos, tiene acceso al concepto de derecho penal simbólico; para un derecho penal internamente orientado el carácter simbólico del derecho penal no constituye tema alguno. Esta perspectiva permite comprender mejor el surgimiento y desarrollo del derecho penal simbólico y al propio tiempo situarlo en su contexto politicocriminal más amplio.

El derecho penal simbólico aparece desde esta perspectiva como una crisis del derecho penal orientado a las consecuencias.

La orientación a las consecuencias varía y acentúa el problema de legitimación del derecho penal⁴⁹. En tanto que una regulación orientada hacia el interior solo debe demostrar, a efectos de justificación, su sometimiento a la jerarquía normativa (Constitución, leyes), las disposiciones orientadas al exterior —tanto en su promulgación como en su ejecución— no solo deben ser correctas sino que deben ser también eficaces, ya sea en la consecución de un objetivo (resocialización, reintegración), ya en la de todos (prevención general, control de la criminalidad). La prevención es un concepto aceptable solo si es eficaz.

Solo mediante una concreción histórica de esta relación bastante trivial pueden verse los problemas políticos de un derecho penal orientado a las consecuencias y del derecho penal simbólico, esto es, cuando uno se pregunta qué es verdaderamente una prevención "eficaz". Esta pregunta es de difícil respuesta. Las condiciones para una prevención efectiva (y con ello los presupuestos de justificación de una regulación penal) son complejas, son históricamente variables y actualmente difusas.

⁴⁸ Véase III, 2, a).

⁴⁹ Más ampliamente véase mi trabajo "Generalprävention und Strafzumessung", en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, nota 27, págs. 29 y ss., 49 y ss.; adicionalmente "Prävention im Strafrecht", en *Juristische Schulung*, 1987, págs. 257 y ss. y 260.

B) Protección de bienes jurídicos en la política criminal moderna

La primera respuesta, la más antigua y simple a la pregunta de cuándo cumple el derecho penal su función preventiva, sería: cuando verdaderamente protege los bienes jurídicos que tiene como misión proteger. Esta respuesta sería suficiente si pudiéramos partir del concepto de bien jurídico y si supiéramos lo que es una "verdadera" protección de bienes jurídicos. Debido a que ello constituye una dificultad, existe derecho penal simbólico.

La función fundamental de la doctrina de los bienes jurídicos era y es —con todas las diferencias de origen y concepto⁵⁰— negativa y de crítica del derecho (aun cuando la negatividad constituía ya una condición de la potencia crítica): el legislador debía castigar solo aquellos comportamientos que amenazaban un bien jurídico; los actos que solo atentaban contra la moral, contra valores sociales o contra el soberano, debían excluirse del catálogo de delitos; el concepto de bien jurídico debía (para que pudiera discriminar verdaderamente) ser lo más preciso posible: así, por ejemplo, en el derecho penal sexual no debía indicarse "moralidad sexual" sino autodeterminación, salud y protección de la juventud⁵¹.

a) *El concepto de bien jurídico.* El problema central de la doctrina del bien jurídico era y es que ha permanecido anclada en esta tarea⁵². Ya inicialmente era previsible que el concepto de bien jurídico no era capaz de enfrentarse a dos grandes obstáculos vinculados: los intereses politicocriminales de conseguir una criminalización global, y los intereses de la ciencia penal de ser capaz de oponer un concepto crítico sistemático de bien jurídico⁵³: se trataba de extender el concepto de bien jurídico para poder abarcar a todo el derecho penal, o de restringirlo para criticar al derecho penal por su abandono del campo delimitado por bienes jurídicos. Así, FEUERBACH había admitido "delitos en sentido amplio" en los casos en que no se daba la protección de un bien jurídico⁵⁴, y BIRNBAUM acabó su búsqueda de bienes jurídicos aprehensibles como personas y cosas en los valores morales de la sociedad⁵⁵. Con ello aparece claro: cuanto más vago es el concepto de bien jurídico y más objetos abarca, más tenue se vuelve la posibilidad de contestar a nuestra pregunta de si el derecho penal cumple su función preventiva.

⁵⁰ Véase por todos AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, *passim*; W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973/1980, págs. 17 y ss. y 57.

⁵¹ De forma paradigmática H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957, págs. 38 y ss. y *passim*.

⁵² Al respecto STRATENWERTH, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil I, "Die Straftat", 3ª ed., 1981, Randnummern 52 y ss.

⁵³ Para un mayor desarrollo mi trabajo *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, págs. 19 y ss., 27 y ss., 41 y ss.

⁵⁴ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14ª ed., (Hrsg. C. J. A. Mittermaier), 1847, §§ 388 y ss.

⁵⁵ BIRNBAUM, *Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, con especial consideración al concepto de ofensa en *Archiv des Kriminalrechts*, Neue Folge I (1834), págs. 150, 178, 183 y ss.

b) *Bienes jurídicos universales.* Las dificultades originarias de la doctrina del bien jurídico no han sido solventadas en los tiempos posteriores, por el contrario, se han acentuado. Fundamentalmente los llamados "bienes jurídicos universales" (los intereses de la mayoría en la protección de la intimidad frente a la recolección de datos, administración de justicia, tráfico jurídico de documentos, etc.)⁵⁶ se han convertido en un tema fundamental de la política criminal; este desarrollo amenaza el concepto de bien jurídico y cambia el derecho penal preventivamente orientado en una forma específica.

Ya en una primera aproximación vemos cómo las nuevas leyes en el ámbito de nuestro derecho penal material (Parte Especial y leyes penales especiales) no tienen por objeto de protección solo bienes jurídicos universales, sino asimismo que estos bienes jurídicos universales están formulados de forma especialmente vaga.

Ámbitos específicos de promulgación de leyes son fundamentalmente el derecho penal económico, los impuestos, el medio ambiente, la acumulación de datos, el terrorismo, las drogas, la exportación de materias peligrosas. Los bienes jurídicos comprendidos en este ámbito son tan generales que no dejan ningún deseo sin satisfacer.

Se trata de una criminalización anticipada a la lesión del bien jurídico⁵⁷; de la protección del "bienestar" de los hombres "en un sentido puramente somático" en vez de la protección de la vida y la salud de las personas⁵⁸; de la salud pública⁵⁹; del funcionamiento del mercado⁶⁰; de la protección estatal empresarial⁶¹ o de la acumulación de datos comercial o administrativa⁶².

c) *El interés en controlar el riesgo.* El desarrollo general⁶³ que aquí ha sido descrito a grandes trazos no se ve obstaculizado naturalmente por la política criminal, esta lo prosigue o acaso lo exige. Se basa en la ya famosa expresión de BINDING en la *Lesión del bien jurídico con su puesta en peligro* como una "perturbación de la certeza de la existencia"⁶⁴. Aparece en las consideraciones de las ciencias sociales como "incertidumbre de la percepción o de la orientación"⁶⁵; consecuencia

⁵⁶ Para una diferencia entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos universales, véase a JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil, 4ª ed., 1988, § 26, 1 3 c.

⁵⁷ Al respecto, fundamental y críticamente, JAKOBS, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsverletzung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985, págs. 751 y ss.

⁵⁸ Respecto al bien jurídico del medio ambiente, HORN, en *Systematischer Kommentar*, 4ª ed., 1988, § 324, Randnummer 2.

⁵⁹ En el derecho penal de estupefacientes (BTMG).

⁶⁰ § 264a StGB, estafa en la inversión de fondos.

⁶¹ § 264 StGB, estafa de subvenciones.

⁶² § 303b StGB, sabotaje de ordenadores.

⁶³ Próximamente al respecto, desde una perspectiva de un derecho penal de delitos de peligro, véase por todos a FÉLIX HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*.

⁶⁴ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. I: Normen und Strafgesetze*, 2ª ed., 1890, págs. 368 y ss.

⁶⁵ FRANZ XAVIER KAUFMANN, "Normen und Institutionen als Mittel zur Bewältigung von Unsicherheit: Die Sicht der Soziologie", en *Gesellschaft und Unsicherheit*, 1987, pág. 38.

de la "creciente complejidad de cada aspecto del mundo que para nosotros tiene significado"⁶⁶. Aparece como rasgo de una "sociedad de riesgo"⁶⁷ moderna, que no puede aceptar sus peligros o "riesgos de modernización", sino que necesita de un "vínculo causal y con ello al mismo tiempo de una responsabilidad jurídica y social"⁶⁸.

Las así creadas y en su concreción experimentadas responsabilidades, los intereses de minimizar la inseguridad de una "sociedad de riesgo" y de dirigir los procesos complejos⁶⁹ han afectado no solo a la política criminal sino asimismo a la teoría penal y a la doctrina del bien jurídico.

JAKOBS construye —influido por la teoría sistemática de LUHMAN— su variante de una teoría de la prevención general positiva sobre la experiencia de expectativas frustradas en contactos sociales y en la necesidad de orientación y estabilidad⁷⁰, y utiliza para ello la locura de la complejidad social y de la incertidumbre personal, las cuales caracterizan a una "sociedad de riesgo". En la doctrina del bien jurídico ha sido KRATZSCH⁷¹ quien ha visto más claramente el significado penal de conceptos como inseguridad, complejidad, perturbaciones y orientación⁷², y como ello se ha plasmado; por ejemplo, en la creación de tipos de peligro abstracto que son una reacción específica a la puesta en peligro de bienes jurídicos⁷³, "los cuales descartan una influencia directa debido al efecto conjunto de múltiples factores causales"; la norma combate "el peligro que amenaza al bien jurídico no como un peligro individual, sino como un elemento tipificado de una... peligrosa «gran perturbación» (Dirección individual a través de un orden general)".

Ello se aviene con los más recientes desarrollos político-criminales. El derecho penal abandona la cáscara liberal donde aún se trataba de asegurar un "mínimo ético" y se convierte en instrumento de control de los grandes problemas sociales o estatales. Lucha o (mejor) contención del delito le queda demasiado corta como tarea al derecho penal; ahora se trata de flanquear protección de las subvenciones, del medio ambiente político, de la salud y de la política exterior. De una represión puntual de lesiones concretas de bienes jurídicos a una prevención a gran escala de situaciones problemáticas.

⁶⁶ Del mismo, ob. cit., pág. 40.

⁶⁷ Paradigmático, ULRICH BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986.

⁶⁸ Del mismo, ob. cit., pág. 36.

⁶⁹ La evolución de un derecho puntual y concreto a un derecho de grandes proporciones tiene, en mi opinión, un paralelismo con la teoría de los derechos humanos. Véase a E. RIEDEL, "Menschenrechte der dritten Dimension", en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1989, págs. 9 y ss., 12 y ss.

⁷⁰ JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 1983, Randnummer 1/4 y ss.

⁷¹ KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985.

⁷² Del mismo, ob. cit., págs. 220 y ss., 253 y ss.

⁷³ Del mismo, ob. cit., pág. 298.

5. CONSECUENCIAS

He expuesto este desarrollo no con intenciones valorativas⁷⁴, sino solo para mostrar sus consecuencias respecto de la protección de bienes jurídicos y respecto del derecho penal simbólico. Estas consecuencias me parecen bastante evidentes.

A) ¿Conducción por medio del derecho penal?

El derecho penal en su forma jurídica liberal es escasamente apropiado para flanquear objetivos políticos, orientar ámbitos de problemas y prevenir situaciones de peligro⁷⁵. Es un instrumento más bien prudente, dirigido al pasado dotado de un arsenal de medios fragmentarios: le son vedados los casos de perturbaciones generales, de objetivos flexibles o abiertos al futuro, de medios de resolución de conflictos (art. 103 II GG, § 1 StGB; "principio de legalidad"); su utilización está solo autorizada (para una prevención eficaz demasiado tarde) cuando se ha realizado un injusto relevante ("hecho típico"); incluso complejas situaciones de riesgo solo son abarcables penalmente cuando pueden ser atribuidas a un individuo concreto ("culpabilidad personal"); también en los casos de dificultad de prueba de la causalidad está prohibida la utilización del derecho penal (*in dubio pro reo*); consecuencias penales, sean en interés de la mayoría o terminen por ser irrazonables, finalizan en la frontera de la culpabilidad y de la proporcionalidad (§§ 46 I, 62 StGB). Que las crecientes y al mismo tiempo difusas expectativas preventivas no pueden ser realizadas por este derecho penal es lo que ha convertido a la "moderna política criminal" y a los "déficits en la aplicación", en hermanos —respecto del tráfico de estupefacientes—, pasando por el derecho penal del medio ambiente hasta la lucha contra el terrorismo.

Bajo esta presión preventiva el legislador intenta encontrar alivio por dos medios: los delitos de peligro abstracto y el derecho penal simbólico.

B) Delitos de peligro abstracto

Se ha intentado buscar este alivio por medio de los delitos de peligro abstracto, los cuales, en los ámbitos aquí tratados, han eliminado prácticamente los clásicos delitos de resultado. Encubren la ausencia de fuerza fáctica del derecho penal para proteger bienes jurídicos, al suprimir el vínculo entre comportamiento criminalizado y lesión de bien jurídico. El injusto penal no es la comprobable causación de un perjuicio sino una actividad que el legislador ha criminalizado; si en la elección de esta actividad existe o no la potencialidad o el peligro abstracto de lesión no puede ser discutido en el ámbito de aplicación de la norma, sino que es solo un elemento de evaluación en la promulgación de la norma. En segundo lugar, los delitos de peligro abstracto facilitan la cuestión a efectos preventivos siempre molestos, de la atribución. Dispensan la prueba de un daño (y con ello la causalidad del

⁷⁴ Un análisis detallado y una valoración próximamente en W. HASSEMER, *Alternativ Kommentar zum StGB*, Band 1, vor § 1, Randnummer 456 y ss.

⁷⁵ Respecto del concepto de la formalización de la administración de justicia véase mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (nota 40), págs. 127 y ss., 294 y ss.; F. HERZOG, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, 1987, págs. 48 y ss. (respecto de una teoría penal), págs. 107 y ss. (respecto el concepto de injusto), págs. 120 y ss. (respecto el proceso penal).

comportamiento) y facilitan por ende la atribución. Que con ello debilitan la posición del autor y atentan contra un bastión del derecho penal clásico es tan obvio como discutible. Que ello alivie la presión preventiva, como se pretende, está aún menos claro; ya que precisamente en el ámbito en el cual se dictan delitos de peligro abstracto con particular celo —medio ambiente y tráfico de drogas— las quejas sobre los “déficits en la aplicación” se han convertido en una constante música de acompañamiento⁷⁶.

C) Derecho penal simbólico

El derecho penal simbólico no aligera este proceso sino que lo fortalece. La ganancia preventiva que lleva consigo no se produce respecto de la protección de bienes jurídicos sino respecto de la imagen del legislador o del “empresario moral”. Lo que se consigue cuando el derecho penal simbólico efectúa este engaño entre funciones latentes y funciones manifiestas es que la pregunta crítica sobre la capacidad real del derecho penal para proteger bienes jurídicos ni siquiera se plantee.

La legislación penal y la ejecución penal como pura fanfarronada: no hace falta fundamentar extensamente porque esta salida al dilema de la prevención es una vía equivocada. Un derecho penal simbólico que ceda sus funciones manifiestas en favor de las latentes traiciona los principios de un derecho penal liberal, especialmente el principio de protección de bienes jurídicos y mina la confianza de la población en la administración de justicia. Queda por ver, en tanto el carácter de apariencia acompañe al derecho penal y a la política criminal, cómo este puede cumplir las supuestas funciones preventivas en vez de cederlas. Precisamente en un período en el cual predominan las tendencias preventivas y las necesidades sociales globales, el derecho penal podría tener la misión de reanimar la tradición de orientarse hacia las acciones concretas de lesión a un bien jurídico⁷⁷.

6. RESUMEN

El derecho penal simbólico se da en formas muy diversas: derecho penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios, como la satisfacción de una “necesidad de acción”. Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al derecho penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto. Este derecho penal se aviene a las imágenes de una “inseguridad global” y de una “sociedad de riesgo”. Un derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la administración de justicia.

⁷⁶ En relación con el derecho penal del medio ambiente, HEINE/MEINBERG, *Empfehlen sich Änderungen im Strafrechtlichen Umweltschutz, insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?* Gutachten D für den 57. Deutschen Juristentag, München, 1988, D 77 y ss., págs. 152 y ss.; W. HASSEMER/MEINBERG, “Umweltschutz durch Strafrecht”, en *Neue Kriminalpolitik*, 1, 1989, págs. 46 y ss.; respecto al derecho penal de estupefacientes, KÜHNE, *Staatliche Drogentherapie auf dem Prüfstand*, 1985, págs. 29 y ss., 108 y ss.; SCHEERER, *Die Genese der Betäubungsmittelgesetze in der Bundesrepublik Deutschland und in den Niederlanden*, 1982, págs. 196 y ss. y *passim*.

⁷⁷ Detalladamente al respecto, W. HASSEMER, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre”, en H. SCHOLLER PHILIPPS (Hrsg.), *Jenseits der Funktionalismus*, Teil III y *passim*.

El tipo subjetivo en los delitos contra la fe pública

Germán Pabón Gómez *

INTRODUCCIÓN

Al abordar el tema del tipo subjetivo en los delitos contra la fe pública anotamos como generalidad que, en materia juridicopenal, punto de partida fundamental es la precisión de que lo esencial del delito reside en la conducta humana; de suerte que para conocer el delito en su triple estructura, además de conocer con delimitación el objeto jurídico tutelado, debemos conocer la conducta humana como fenómeno del mundo natural, pues el conocimiento de la acción es precedente al conocimiento del “delito” como fenómeno de creación legal. Así, lo que el derecho hace es valorar conductas humanas dadas en un proceso de acción, las que son generantes de resultados materiales (daño o peligro de daño), y calificarlas como hechos punibles.

En consecuencia, si lo afirmado precedentemente es válido para la categoría general de delito, con mayor razón lo es con respecto a la categoría particular de los delitos contra la fe pública, en los que esencialmente concurre el elemento subjetivo del “engaño”, elemento que no debe apreciarse etéreamente frente a una fe pública abstracta, sino concreta y frente a los intereses específicos garantizados y/o protegidos por la genuinidad y/o veracidad de los medios probatorios sobre los que recae la acción de falsedad.

Así, pues, la determinación del objeto jurídico, el examen de la acción violadora del interés jurídico tutelado y los elementos genera-

* Expofesor de Derecho Penal en la Universidad del Cauca (Colombia). Actualmente cursa estudios de doctorado en Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid (España).