

**¿DAÑO SOCIAL?  
ANOTACIONES SOBRE UN PROBLEMA TEÓRICO  
FUNDAMENTAL EN EL DERECHO PENAL<sup>1</sup>**

GÜNTHER JAKOBS<sup>2</sup>

**Resumen**

La teoría según la cual el Derecho penal tiene únicamente el cometido de proteger bienes jurídicos de los sujetos, es sometida en este artículo a diferentes críticas: a) El pensamiento de una funcionalización de todas las actividades estatales sobre la base del individuo conduce a un concepto monista de sujeto que ni siquiera puede asegurar el progreso de la Sociedad, sino antes bien “desgastar” a la Sociedad. Con ello, se descarta una preponderancia fundamental de los sujetos individuales. b) La fundamentación de que la protección de los sujetos es la consecuencia de una concepción basada en la teoría contractual es rechazada por circular: supone un reflejo del espíritu objetivo en el subjetivo. c) En algunos casos el delito no constituye la destrucción de un bien sino su no-realización, por ejemplo en la prevaricación. En resumen, en este artículo se defiende la idea de que resulta más fructífero asignar al Derecho penal la función de protección de instituciones (entendiendo éstas en sentido amplio) que la de protección de bienes jurídicos. La lesión del poder de orientación segura de las instituciones es un daño social.

**Palabras clave**

*Bienes jurídicos – pacto social – instituciones – daño social*

<sup>1</sup> Título alemán: “Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem”. La versión original de este artículo se publicó en *BOSE et al., Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung*, Duncker und Humblot, Berlin 2009. El Prof. JAKOBS dedica también esta versión española a su colega el Prof. AMELUNG. Traducción de Miguel POLAINO-ORTS.

<sup>2</sup> Dr. Dr.h.c. mult, Catedrático Emérito de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Universidad de Bonn. (Alemania).

## I. Protección de la Sociedad versus protección de bienes jurídicos

En la reducida lista de las monografías de la segunda mitad del Siglo XX dedicadas a los aspectos teóricos del Derecho penal y que se arriesgan a aportar (y la aportan) una nueva concepción la obra de AMELUNG *Protección de bienes jurídicos y protección de la Sociedad* (Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft) encuentra un lugar seguro.<sup>3</sup> Incluso quien afirme no poder compartir su –en parte, cáustica– crítica de la teoría de la protección de bienes jurídicos<sup>4</sup> debe reconocer que el minucioso examen de todas las variantes de esta teoría hasta sus raíces jurídico-penales, teóricas, filosóficas y –no en último lugar– políticas consolidó la argumentación de manera firme en un nivel que con anterioridad todo lo más se alcanzó de manera esporádica mas no general, por lo que la obra de AMELUNG es considerada hoy en día en la historia de la teoría del bien jurídico, con razón, como un clásico.

Menor atención<sup>5</sup> y aun menor respaldo<sup>6</sup> ha merecido hasta ahora la tercera y última parte del trabajo (después de dos primeras partes histórico-críticas): “Esbozo de una teoría de la dañosidad social”.<sup>7</sup> AMELUNG parte de la teoría de sistemas de PARSONS y del primer LUHMANN<sup>8</sup> y designa un “modo de actuar”

<sup>3</sup> Título completo: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechen*, 1972. Otros trabajos de AMELUNG sobre el tema: “Der Einfluss des süddeutschen Neukantianismus auf die Lehre vom Rechtsgüterschutz im deutschen Strafrecht”, en: ALEXY et alt. (Comp.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, 2002, págs. 363 y sigs.; ID., “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, en: HEFENDEHL et. alt. (Comp.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, págs. 155 y sigs.

<sup>4</sup> Resumidamente: AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), pág. 350.

<sup>5</sup> Véase, empero, la exhaustiva recensión de HASSEMER, “Buchbesprechung”, ZStW 87 (1975), págs. 151 y sigs., o la exposición de ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo 1, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4ª. edic., 2006, 2/116. La muy profunda y crítica exposición de LOOS únicamente se halla en manuscrito: “Zur Rechtsgutstheorie im Strafrecht”, s.f., págs. 26 y sigs., 30 y sigs. y *passim*; también –aunque concisamente– ID., “Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte”, en: STRATENWERTH et alt. (Comp. ), *Festschrift für Hans Welzel*, 1974, págs. 879 y sigs., 887 y sigs.

<sup>6</sup> Dándole la razón, especialmente, SCHALL, *Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen Hausfriedensbruch*, 1974.

<sup>7</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), págs. 330 y sigs., que abarca algo menos que la sexta parte del libro.

<sup>8</sup> Retrospectivamente: AMELUNG, “Der frühe Luhmann und das Gesellschaftsbild bundesrepublikanischer Juristen”, en: PRITZWITZ et alt. (Comp. ), *Festschrift für Klaus Lüderssen*,

como “socialmente perturbador... cuando resulta perjudicial para la concepción permanente del sistema (social, *G.J.*) sobre la solución de sus problemas de existencia”.<sup>9</sup> ¿Por qué se refiere AMELUNG al sistema social y no a la persona? Él mismo responde: “Si el Derecho penal ha de garantizar las condiciones de la vida humana en comunidad, entonces la reflexión debe tener su origen necesariamente en el sistema social, y no en la persona”.<sup>10</sup>

Esto suena políticamente incorrecto —quien escribe tal cosa se busca el reproche de que con ello “se aproxima de manera peligrosa a la... creída y ya superada divisa cínica según la cual el Derecho es lo que es útil para el pueblo”<sup>11</sup>, lo que no desconoce el mismo AMELUNG, y por ello expone de manera clara que no se trata de una declaración política sino descriptiva: la teoría de sistemas no legitima cuando designa las condiciones de existencia de un sistema “dictadura”, “banda de gánsters”<sup>12</sup> y por ello “una institución” sólo “es legítima... cuando es éticamente correcta”.<sup>13</sup> Más aun: en contraposición con las “teorías del organismo”, que hacen derivar, no de manera coactiva pero sí posible, de la colectividad (¡del pueblo!) el valor de lo individual, la “teoría del sistema social es... un producto de la alienación entre individuo y comunidad”<sup>14</sup>; el individuo no es miembro o parte de la Sociedad sino de su entorno<sup>15</sup>; la Sociedad no puede ni revalorizar ni devalorizar al individuo, en tanto que éste no tiene ningún estatus en ella.

Esta posición asegura únicamente la solución de los problemas fundamentales de organización de cada convivencia<sup>16</sup>, quedando por lo demás un desierto relativizador: “tan poco como hacer deducir de la teoría de sistemas un Derecho natural sociológico... se halla en situación de fundamentar un concepto “natural” de dañosidad social que determine in concreto qué resulta

2002, págs. 7 y sigs.

<sup>9</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), pág. 387.

<sup>10</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), pág. 390, ya en pág. 364.

<sup>11</sup> LK-HIRSCH (*JÄHNKE et alt.*, Comp., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11ª. edic., tomo 2, 1992-2003), antes de § 32 nm. 182 d, nota 381, que se refiere, sin embargo, a un texto *mío*.

<sup>12</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), pág. 363.

<sup>13</sup> Como en nota 10.

<sup>14</sup> Como en nota 10.

<sup>15</sup> Como en nota 10.

<sup>16</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), pág. 368.

perjudicial para la convivencia en todas las Sociedades pasadas, presentes y futuras".<sup>17</sup> AMELUNG cree verse dispensado de la búsqueda de un concepto de ese tenor, ya que las "decisiones estructurales fundamentales" las proporciona "la Constitución", en concreto la Constitución de un Estado concreto: la República Federal Alemana.<sup>18</sup>

AMELUNG menciona tres fundamentos por los cuales la contraposición entre su concepción basada sobre la Sociedad y una concepción que se fundamenta en el individuo no debiera superarse. En primer lugar, los "intereses" de la Sociedad y del individuo pueden solaparse o imbricarse de manera inmediata" (exoneración, educación); en segundo término, una Sociedad desarrollada ofrece al particular mejores "oportunidades para sobrevivir"; en tercer lugar, y de manera principal, los múltiples "procesos de interacción" en un "sistema social altamente diferenciado con la institucionalización de derechos fundamentales" no pueden llevarse a cabo, o sólo puede hacerse de manera dificultosa, mediante la coacción (que en tanto coacción estatal ordenada constituye de todos modos un recurso limitado), sino que es mejor realizarlos mediante un "incremento de las posibilidades de comunicación".<sup>19</sup> Con otras palabras, a lomos de la protección de la Sociedad se halla suficiente espacio para la protección de los individuos.

Opositores coetáneos a la pretensión de AMELUNG de concebir "la realidad social como una realidad sui generis"<sup>20</sup> constituyen M. MARX<sup>21</sup> y HASSEMER<sup>22</sup>, que insisten en concebir no la Sociedad, sino la individualidad como punto de

<sup>17</sup> Como en nota 14.

<sup>18</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), pág. 363 nota 67, pág. 369, entre otras.

<sup>19</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), pág. 391.

<sup>20</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), pág. 350.

<sup>21</sup> M. MARX, *Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“*, 1972.

<sup>22</sup> HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, 1973 (al respecto: AMELUNG, "Buchbesprechung", *ZStW* 87, 1975, págs. 132 y sigs.); NK-HASSEMER / NEUMANN (KINDHÄUSER et. alt., Comp., *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, tomo 1, 2ª. edic., 2005), antes de § 1 nm. 108 y sigs.; HASSEMER, "Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?" en: HEFENDEHL (nota 1), págs. 57 y sigs. La extensa discusión no puede reproducirse aquí; hasta ahora GÜNTHER, "Die Person der personalen Rechtsgutslehre", en: NEUMANN et. alt. (Comp.), *„Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“*, 2007, págs. 15 y sigs.; NEUMANN, "„Alternativen: keine“. – Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre", en: NEUMANN et. alt., como se citó anteriormente, págs. 85 y sigs.

partida de las reflexiones sobre la función del Derecho penal. Con toda la claridad deseable formula M. MARX que los bienes jurídicos (que, a diferencia de la concepción de AMELUNG, deben constituir un concepto fijo) son “aquellos objetos que requiere el ser humano para su libre autorrealización”<sup>23</sup>, mientras que HASSEMER sostiene que todos los bienes jurídicos, para ser reconocidos como tales, esto es, como bienes del Derecho, debieran “ser funcionalizados partiendo de cada persona individual”<sup>24</sup>, siendo así que, sin embargo, la persona se conciba de manera “social” y su libertad exterior de manera “intersubjetiva”.<sup>25</sup>

M. MARX desarrolla su posición partiendo de una teoría del fin del Estado<sup>26</sup> cuyo contenido consiste en que el Estado ha de garantizar la libertad de los seres humanos. Con ello, no concibe la existencia de seres humanos libres que puedan vivir como ermitaños, sino –aludiendo a A. KAUFMANN<sup>27</sup>– únicamente de seres humanos con “individualidad social”.<sup>28</sup> Lo que ello pueda significar en detalle es una cuestión que M. MARX deja abierta y que remite al cambio de circunstancias vitales como “dimensión de la historicidad”.<sup>29</sup>

Por el contrario, HASSEMER fundamenta su posición de manera más intensamente orientada al aspecto *social*, concretamente en el concepto de “experiencia valorativa social” o también en el de “acuerdo normativo”.<sup>30</sup> Conforme a eso, “los bienes universales sin una función en relación a intereses de seres humanos individuales no debieran compatibilizarse... con una experiencia

<sup>23</sup> M. MARX (nota 19), S. 62.

<sup>24</sup> HASSEMER, *Theorie* (nota 20), pág. 233; casi de manera literalmente idéntica ID., “Darf es “. (nota 20), pág. 57; ID., “Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz unter der Verfassung”, en: KARRAS et alt. (Comp.), *Festschrift für Nikolaos K. Androulakis*, 2003, págs. 207 y sigs., 213.

<sup>25</sup> HASSEMER según GARBE / MÜHLBAUER, “Sitzungsbericht”, en: HEFENDEHL (nota 1), pág. 297. HASSEMER se refiere a KAHL, “Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht”, en: HEFENDEHL (nota 1), págs. 26 y sigs., 28; bienes jurídicos son “la existe libre exterior de una persona que posibilita las realidades de la relación, que por eso son valiosas, cuya realidad se constituye mediante un actuación intersubjetiva (praxis social) ”. Sobre la constitución de la persona en Derecho como “participante en el espacio intersubjetivo de los fundamentos” GÜNTHER (nota 20), págs. 15 y sigs., 29 y sigs., 34.

<sup>26</sup> M. MARX (nota 19), págs. 25 y sigs.

<sup>27</sup> M. MARX (nota 19), págs. 25 y sigs.

<sup>28</sup> A. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, pág. 102.

<sup>29</sup> M. MARX (nota 19), pág. 46, también pág. 62

<sup>30</sup> HASSEMER, *Theorie* (nota 20), pág. 233, también págs. 25 y sigs., 151 y sigs., 221 y sigs., entre otras.

valorativa social orientada por la Constitución<sup>31</sup>: “teoría personal del bien jurídica”<sup>32</sup> HASSEMER ve de manera muy clara que no se trata de la tutela de caprichos individuales ni incluso de sólo algunos “bienes” individuales –“conflictos cuyo significado no abarca el ámbito de conflicto del semejante sin típicamente irrelevantes para el Derecho penal”<sup>33</sup>– sino que se trata por el contrario de bienes jurídicos cuya lesión provoca un conflicto “de especial significado *social*”<sup>34</sup>. También HASSEMER reconoce la posibilidad de una “experiencia valorativa social” basada realmente en la irracionalidad, pero no quiere dejarla racionalmente de lado, sino constatar que una Sociedad en parte irracional no permite administrarse de manera racional en su totalidad.<sup>35</sup>

Al margen de todas las diferencias entre sus posiciones, tanto AMELUNG como HASSEMER parten de un modelo no-normativo, sino antes bien de un modelo *social* orientado por la realidad. La normatividad entra en acción a través de la Constitución vigente en cada momento (AMELUNG) o de la “experiencia valorativa social” (HASSEMER). Frente a ello, M. MARX trabaja con un modelo normativo de *Estado*, concretamente con el Estado como garante de libertad sin entrar en absoluto en un modelo de *Sociedad*. Esta posición debiera ser la más difundida en la actualidad, en parte con una vuelta filosófico-estatal a un “contrato social”<sup>36</sup> creador de un Estado. Los bienes jurídicos son, para esta concepción, “todas aquellas realidades o finalidades... que resultan necesarias para el libre desarrollo *del individuo*, para la realización de *sus* derechos fun-

<sup>31</sup> HASSEMER, *Theorie* (nota 20), págs. 231 y sigs, 233.

<sup>32</sup> NK-HASSEMER / NEUMANN (nota 20), antes de § 1 nm. 132; entre la literatura más nueva, GÜNTHER (nota 20), págs. 37 y sigs.

<sup>33</sup> HASSEMER, *Theorie* (nota 20), pág. 233.

<sup>34</sup> HASSEMER, *Theorie* (nota 20), pág. 232 (cursivas no originales); GÜNTHER (nota 20), págs. 38 y sig.

<sup>35</sup> HASSEMER, *Theorie* (nota 20), págs. 241 y sigs., 244; dándole la razón en este punto, AMELUNG *ZStW* 87 (nota 20), pág. 137.

<sup>36</sup> SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”, in: HEFENDEHL (nota 1), págs. 133 y sigs., 137 y sig.; además, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, págs. 61 y sigs.; ROXIN (nota 3), 2/8 con nota 22,2/31,50 y otros lugares más. RUDOLPHI, “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs”, en: *Festschrift für Richard M. Honig*, 1970, págs. 151 y sigs., 164, relaciona el concepto con la Constitución: bienes jurídicos serán aquellas “unidades funcionales valiosas para nuestra Sociedad regida constitucionalmente y, por tanto, también para la posición y la libertad de los ciudadanos individualmente considerados”. Véase, también, MÜKO-FREUND (JOBCKS et alt., Comp., *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 1, dir. por VON HEINTSCHEL-HEINEGG, 2003), antes de § 13 nm. 46.

damentales y para el funcionamiento de un sistema estatal organizado sobre la base de *esta* finalidad<sup>37</sup>. Por consiguiente, y entre otras cosas, no se trata de protección de bienes jurídicos en el ámbito de la conservación de la moral y la costumbre<sup>38</sup>, en la prohibición de conductas carentes simplemente de dignidad, como la sodomía<sup>39</sup>, en la protección de sentimiento de otros, con la excepción de la protección de un sentimiento de la amenaza<sup>40</sup>, en la evitación de una autolesión o de ayuda a la misma<sup>41</sup>, en la protección de meros tabús<sup>42</sup> o de objetos “de una intangible abstracción”.<sup>43</sup>

## II. Crítica de la teoría individual-monista del bien jurídico

“Quien no pueda vivir en Sociedad, o –por ser autosuficiente– no la necesite, no es miembro del Estado, sino una bestia o un Dios”.<sup>44</sup> La recién esbozada teoría monista-individual del bien jurídico no se apoya en todo caso en la esencia de la Sociedad sino del *individuo* cuyo desarrollo ha de constituir abiertamente la meta final del mundo. En tanto que –en sentido original– esta criatura no constituye naturalmente, en ninguna de las variantes de la teoría individual-monista, ni una bestia ni una cuasi-bestia ni por supuesto tampoco un Dios<sup>45</sup>, entonces debe hallarse un camino basándose en la mencionada sabiduría del mundo, y ese camino, una comunidad suavizada, es divisado por M. MARX en remembranza de lo que A. KAUFMANN denominaba, de manera menos precisa, como “individualidad social” o por HASSEMER mediante la persona definible de manera “social” y por SCHÜNEMANN o ROXIN mediante la reactivación de la figura del contrato social. La practicidad de un camino como

<sup>37</sup> ROXIN (nota 3), 2/7 (cursivas añadidas).

<sup>38</sup> ROXIN (nota 3), 2/17 y sigs. Pero ¿qué debe entenderse por “desarrollo” de un entorno depravado moralmente conformado por su parte por individuos sin carácter alguno? Al respecto, LOOS, “Rechtsgutslehre” (nota 3), pág. 45.

<sup>39</sup> ROXIN (nota 3), 2/20 y sigs.

<sup>40</sup> ROXIN (nota 3), 2/26 y sigs.

<sup>41</sup> ROXIN (nota 3), 2/32 y sigs.

<sup>42</sup> ROXIN (nota 3), 2/43 y sigs.

<sup>43</sup> ROXIN (nota 3), 2/46 y sigs.

<sup>44</sup> ARISTOTELES, *Politik*, trad. Por ROLFES, 4ª. edic., 1980, pág. 5 (I. 2.); casi de manera literalmente idéntica (pero empleando “pueblo” en vez de “Estado”) HEGEL, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften*, 1802, en: MOLDENHAUER et al. (Comp.), G.W.F. HEGEL, *Werke*, tomo 2, págs. 434 y sigs., 505.

<sup>45</sup> Los “Dioses” no solo se requieren mutuamente; antes bien, requieren a los seres sacrificados por ellos; HIMMELMANN, *Der Alltag der Götter*, 2003, parte I.

el mencionado debe analizarse en el ejemplo del concepto filosófico-social mejor elaborado hasta el momento: el concepto de pacto o contrato social.

No se trata aquí de un contrato social como hecho histórico, sino –como por ejemplo para KANT<sup>46</sup>– como idea regulativa. Pero también una idea como esa ha de ser consistente en sí, y ello significa que deben pensarse simultáneamente todas las condiciones e implicaciones de la celebración de un concreto y sólo el hecho histórico será substituido por un “como-si” (*Als-Ob*). Los individuos que celebran el contrato están, en consecuencia, dotados de la preparación requerida para la celebración del mismo, y además de ellos deben concurrir las restantes condiciones extracontractuales necesarias para el contrato.

En lo que se refiere a la primera condición (una preparación suficiente), resulta evidente que el individuo no ha podido heredar por sí solo dicha preparación, sino que en todo caso se la debe al proceso de su *socialización* (!). A no ser que se presuponga –lo cual es improbable que suceda, pero aquí se trata sólo de excluir de la argumentación de seres individuales errores *principales*– que esta socialización tiene lugar en una gran familia, sin participación alguna del Estado, y que eso es exactamente lo que ocurre en todos los supuestos. En este caso, no existiría el más mínimo motivo de anteponer en el Estado en creación las condiciones de desarrollo del individuo a las condiciones de existencia de la gran familia, y sería igualmente difícilmente imaginable que a los sujetos socializados *de esa forma* se les pueda definir como seres individuales y puedan ocurrírsele anteponerse a la Sociedad, ya que esta anteposición, si tuviera lugar en la práctica, acabaría con las condiciones de los procesos de socialización y significaría el fin de la Sociedad: los individuos la habría utilizado para provecho propio. ¿Ello puede demostrarse como algo falso? No, la falta de Sociedad no es una contradicción en sí. Pero debiera quedar claro que una Sociedad que tenga existencia *no* puede organizarse de esa manera; con otras palabras, quien pretenda funcionalizar todos los bienes jurídicos partiendo del ser individual no debe sorprenderse si se le van de las manos las

<sup>46</sup>KANT, “Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis”, en: WEISCHEDEL (Comp. ), Immanuel KANT, *Werke in sechs Bänden*, tomo VI, 1964, págs. 125 y sigs., 153 (A 249).

condiciones de estabilización de la Sociedad<sup>47</sup>, y si la Sociedad siguiera siendo estable entonces la astucia de la razón evitaría precisamente la funcionalización integral de los individuos.

Ahora me referiré a las condiciones no contractuales de un contrato. Ya para HUME las “promesas son invenciones humanas... fundadas en las necesidades o intereses de la Sociedad”<sup>48</sup>, o más precisamente: son desarrollos de la Sociedad. *Pacta sunt servanda* no puede fundarse sobre la base del sujeto individual ya que para él “la voluntad obligante es... la voluntad de ayer”<sup>49</sup>. Únicamente puede llegar a obligar cuando, como ha expuesto especialmente DURKHEIM<sup>50</sup>, sobre la base de división del trabajo social un intercambio real-contractual de prestaciones al menos parcialmente ya no es suficiente, por ejemplo, porque las prestaciones se pueden realizar más fácilmente si se demoran temporalmente, y de ahí hasta un compromiso surgido de contratos carentes de formalidad jurídica sobre cualesquier objetos media un trecho muy grande. DURKHEIM: “Resumidamente puede afirmarse que el contrato no se basta a sí mismo, pero no es posible sino gracias a una reglamentación del contrato que es de origen social. El contrato<sup>51</sup> implica esa reglamentación por-

<sup>47</sup> Una referencia a la deficitaria protección jurídico-penal del medio ambiente será suficiente para poner de manifiesto la actualidad del problema. Cuando SCHÜNEMANN indica que el “más alto valor” lo constituye “la supervivencia del género humano” y no los individuos hoy vivientes (“Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, GA 1995, págs. 201 y sigs., 206), está reduciendo la diferencia entre protección de bienes jurídico y protección de la Sociedad a un problema terminológico y más bien marginal.

<sup>48</sup> HUME, *Ein Traktat über die menschliche Natur*, III., *Über Moral*, trad. por LIPPS, 2ª. edic., 1923, pág. 266; al respecto, LAHNO, *Versprechen. Überlegungen zu einer künstlichen Tugend*, 1995, págs. 18 y sigs.

<sup>49</sup> RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 5ª. edic. a cargo de Erik WOLF, 1956, pág. 245; JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 2ª. edic., 1999, págs. 14 y sigs., 20 y sig. y passim.

<sup>50</sup> DURKHEIM, *Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften*, trad. por L. SCHMIDT y M. SCHMIDT, 1988, págs. 256 y sigs., 272,450; Id., *Physik der Sitten und des Rechts*, trad. por M. BISCHOFF, comp. por H.-P. MÜLLER, 1991, págs. 237 y sigs., 245: “el contrato es... fuente de variaciones que presuponen una fondo jurídico basal que tiene una procedencia diversa”. Al respecto, GEPHART, *Gesellschaftstheorie und Recht. Das Recht im soziologischen Diskurs der Moderne*, 1993, págs. 329 y sigs., KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1994, págs. 39 y sigs. JAKOBS, “Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit”, en: HÖVER (Comp.), *Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität*, 1999, págs. 5 y sigs., 7 y sigs.

<sup>51</sup> En el texto original se emplea en vez de “el (contrato)” la palabra “eso”.

que su función es mucho menos la de crear reglas nuevas que la de diversificar en los casos particulares las reglas generales preestablecidas”.<sup>52</sup>

Un contrato es, por ello, sólo en esos casos un vehículo para un resultado de fuerza obligatoria, donde el contexto social ya ha preformado la obligación e incluso una no-obligación, por ejemplo, porque no se pertenezca a un concreto Estado que someta al individuo a la totalidad, presupone una convicción social de que la respuesta a preguntas de un contenido tal se demuestre por el estado del contrato. La estructura social es el suelo sobre el cual pueden imaginarse de manera consistente los sujetos individuales como sujetos contratantes y si quieren colocarse a sí mismos en el contrato de manera absoluta se están retirando a sí mismo el suelo de debajo de sus pies, de manera que caen al vacío.

La argumentación, de antigüedad milenaria<sup>53</sup>, en torno a un contrato social refleja el espíritu objetivo en los espíritus subjetivos que, con ello, parecen conformar de manera independiente lo que ellos sólo realizan, por ejemplo el sabio sometimiento al Dios mortal, después de que la, en tiempos remotos, unificadora fuerza del Dios eterno se ha desnaturalizado por mor de Guerras religiosas en un poder segregador (HOBBS), la formación de libertad civil (LOCKE), la libertad de la persona política en el colectivo hacia finales del *ancien régime* (ROUSSEAU) o la estabilización de la Sociedad opulenta a través de estándares de solidaridad (RAWLS). Después del modelo contractual lo general debe ser construido sobre la base de pormenores, lo cual presenta ventajas, en tanto que una voluntad consentidora se halla pacificada. Pero la propia legalidad de la Sociedad no puede mostrarse en el modelo contractual sino sólo una imagen deformante de cada ser individual como un ser social sin Sociedad.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> DURKHEIM, *Arbeitsteilung* (nota 48), pág. 272.

<sup>53</sup> Una extensa visión de conjunto ofrecen W. SCHRÖDER –“Vertrag I”– y HARTUNG –“Vertrag II”– en: RITTER et al. (Comp. ), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, tomo 11, “Vertrag”; KERSTING, “Vertrag, Gesellschaftsvertrag, Herrschaftsvertrag”, en: BRUNNER et al. (Comp. ), *Geschichtliche Grundbegriffe*, tomo 6, 1990 (págs. 901 y sigs., 914 y sigs.); detenidamente Id., como en nota 48.

<sup>54</sup> JAKOBS (nota 48), págs. 5 y sigs., 27 y sigs.; véase también GÜNTHER (nota 20), págs. 24 y sigs. El contraste teórico-constitucional de esta imagen deformante lo constituye la “amplia teoría del tipo” de los derechos fundamentales en ALEXY (*Theorie der Grundrechte*, 1985, págs. 249 y sigs., 290 y sigs.), según la cual la “libertad general de acción” se refiere “potencialmente” también a la conducta delictiva, aunque sin embar haya de recortarse a través de “límites” a una medida socialmente aceptable: libertad jurídica sin Derecho. Un Derecho de todos a

### III. Esbozo de una teoría del daño social

Con ello no se ha hecho más que exponer una anotación sobre la inconsistencia de una teoría monista-individual del bien jurídico<sup>55</sup>, revestida teóricamente en su variante la teoría del contrato social. Entonces, si queremos permanecer en el nivel de una teoría de los bienes, al menos tendrían que reconocerse *genuinamente* bienes sociales, es decir: aquellas instituciones sociales y —mediatamente también— estatales que resultan en absoluto irrenunciables para la subsistencia de la Sociedad<sup>56</sup>, si bien aquí, como ocurre con los bienes de la persona natural, debe especificarse en qué medida precisan esos

---

todo ni siquiera es *imaginable*, ya que el deber concurrente de todos consistente en tolerar todo impediría ese Derecho. Por ello, en un modelo como ese no puede hablarse de *derechos* potenciales sino de una libertad fáctica en un estado de naturaleza *carente de Derecho*. Pormenores al respecto se pueden consultar en HOBBS. Un “derecho *prima facie*” a “robar” (pág. 297) presupone que la cosa que se pretende robar sea *ajena*, esto es, que no esté cubierta por el derecho del ladrón. Quien intente pensar en un Derecho o aceptarlo “*prima facie*” sin tener en cuenta al mismo tiempo en las implicaciones *conceptuales* de cada derecho carece abiertamente de un concepto de Derecho. Véase al respecto, JAKOBS, “Buchbesprechung”, *ZStW* 110 (1998), págs. 716 y sigs., 718 y sig.

<sup>55</sup>Esta teoría puede tener, en su ámbito (la relación de personas libres entre sí), una limitada capacidad de explicación, pero únicamente en ese ámbito: STRATENWERTH, “Zum Begriff des ‘Rechtsgutes’”, en: ESER et al. (Comp.), *Festschrift für Theodor Lenckner*, 1998, págs. 377 y sigs., 388; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª. edic., 1991, 2/24; Id., “Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?”, en: *Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Seiji Saito*, 2003, págs. 18 y sigs., 25; aun más crítico frente a ese poder de explicación, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, 2000, págs. 221 y sigs.; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, págs. 180 y sigs. 182; BACIGALUPO, “Rechtsgutsbegriff und Grenzen des Strafrechts”, en: PAWLIK et al., *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, págs. 1 y sigs., 14; decisivo es “el modelo de Sociedad de cada época determinada”. Véase también LK-WALTER (LAUFHÖTTE et al., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12ª. edic., tomo 1, 2007), antes de § 13 nm. 8 y sigs., 16: el bien jurídico “únicamente desempeña el papel de un topos retórico”.

<sup>56</sup>HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, págs. 59 y sigs., entre otras, ha reconocido que la Sociedad no puede ordenarse según individualidades (sujetos) consciente e instruidos. El acoplamiento estructural no empece empero a que el Derecho penal es una organización *de la Sociedad* y no algo que tiene lugar de alguna forma “entre” individualidades. Por ello, la crítica de HEFENDEHL contra un “modelo orientado a la teoría de sistemas” hurta al Derecho penal el lugar de su posibilidad. La objeción de ROXIN (nota 3), 2/110, en el sentido de que “un sistema social” no debe “mantenerse por su propia voluntad, sino por la voluntad de los hombre que viven en cada Sociedad concreta”, pasa más claramente el problema por alto: los “seres humanos” que se proporcionan a sí mismo un buen ordenamiento, no pueden anteponerse a este ordenamiento. Preguntándolo a modo de ejemplo: ¿la amistad existe porque existen amigos o existen amigos porque existe amistad?

bienes de una tutela jurídico-penal. Este camino de una teoría dualista del bien jurídico (dualista, además, en ambos “extremos” de esta doctrina dotada de bienes *autónomos*), que –como toda doctrina dualista–<sup>57</sup> presenta la ventaja de no tener que rastrear el aspecto personal tratándose de bienes sociales<sup>58</sup>, no debe proseguirse más en este lugar, precisamente en favor de realizar algunas reflexiones en torno al concepto de daño social.

Una situación en la que los individuos posean algo (oportunidades incluidas) *sólo de manera fáctica* y lo tengan por un bien, es necesariamente vacía *desde el punto de vista jurídico*: el estado natural (o estado de la naturaleza) del que habla HOBBS. Para poder rellenar el estado jurídicamente aquello que se posee fácticamente ha de ser concebido de manera jurídica, esto es, ha de ser comprendido –en sentido amplio, o sea, incluyendo el propio cuerpo– como propiedad: es decir, como algo que los demás deben respetar incluso cuando el propietario no lo posea ya más de manera fáctica. Hablando *kantianamente*, el Derecho fundamenta una posesión inteligible, en la que en el estado jurídico alcanzado de ese modo carece de significado si “alguien” es un individuo. Depende mucho más de si ese “alguien” es titular de un derecho –con al menos *un* derecho ya está alguien jurídicamente “ahí”– y en los demás se fundamentará de igual modo una existencia jurídica, aunque con un contenido inverso: los demás están obligados jurídicamente “ahí”, en relación al titular del derecho mencionado. Si a los individuos les agrada que ya no se hable más de ellos sino que se hable en cambio de personas como titulares de derechos y obligaciones –en caso de un delito o incluso de una revolución es evidente que no les agrada a algunos individuos– puede entonces constatarse en primer lugar que *en* Derecho los individuos no existen.

La relación entre el sujeto autorizado y el obligado no es puramente espiritual, únicamente imaginada. Antes bien, el Derecho constituye –incluso en el caso más sencillo y fundamental de todos– un derecho al *cuerpo* o a una *cosa*, y el deber de no lesionar ese derecho, que tiene como contenido mantener en un estado de seguridad en las relaciones tanto el *cuerpo* del sujeto obligado

<sup>57</sup> Quizá mejor: teoría *tripartita* de bienes: el individuo, el Estado, la Economía. Véase JAKOBS (nota 47), págs. 112 y sigs.

<sup>58</sup> Así, ya, Loos, “Rechtsgutslehre” (nota 3), págs. 62 y sigs. Ahora básico HEFENDEHL (nota 54), págs. 73 y sigs., 378, entre otras; Id., “Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafrechtsreform”, en: Id. (nota 1), págs. 119 y sigs.

como sus mismas cosas. Pero tanto los cuerpos como las cosas son precisamente, desde el punto de vista jurídico, cuerpos y cosas de *personas*, no de individuos, como se puede ver en el caso del estado de necesidad exculpante: cuando la persona porta una especial obligación (derivada de injerencia o de su estatus)<sup>59</sup> entonces tiene una necesidad de existencial de mantenerla, cosa que no sucederá apelando a su aspecto de individuo natural.

Cuando una persona deja de cumplir sus deberes en el tráfico jurídico y lesiona a una persona, y presupuesto que se dan el resto de presupuestos, nos hallamos ante un delito, y precisamente ante un delito contra la otra persona. Y al ser esta precisamente una persona debido a su posición en la Sociedad el conflicto sigue siendo un conflicto social. La visión es, por tanto, una visión diferente a la que se tiene en la teoría de bienes, la cual concibe primariamente el delito como hecho contra otro sujeto que por principio es visto de manera aislada, y recién en un segundo razonamiento se procede a añadir el significado social del delito. En este concepto no existe otro sujeto con sus intereses, sino sólo –en un sentido amplio– propietarios, personas en Derecho, y –por ello– el delito no es privación de cualquier medio de desarrollo de otro sino perturbación de la estructura normativa de la Sociedad, esto es: eso que AMELUNG denominaba como daño social.<sup>60</sup>

Un daño social concebido de esa manera consiste en la contradicción entre una persona competente y la obligatoriedad de una institución social, aunque éste sea solo una única norma. Completamente al margen del problema de la “protección de sentimientos”<sup>61</sup> y otros ámbitos relacionados no es posible relacionar todas las instituciones con bienes ya *existentes*, en tanto que las instituciones positivas<sup>62</sup> tienen como contenido la *producción* de algo, aunque este algo, cuando ya esté producido, pueda consistir en un bien.<sup>63</sup> En todo caso,

<sup>59</sup> Pormenores en JAKOBS, *Strafrecht* (nota 53), 20/12 y sigs.

<sup>60</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), pág. 390, entre otras.

<sup>61</sup> Al respecto, HÖRNLE, “Der Schutz von Gefühlen im StGB”, en: HEFENDEHL (nota 1), págs. 268 y sigs., con amplias referencias.

<sup>62</sup> Fundamental: SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, págs. 51 y sigs.

<sup>63</sup> JAKOBS, *Strafrecht* (nota 53), 2/17; ID., “Was schützt?”. (nota 53), págs. 21 y sig. ROXIN (nota 3), 2/13, objeta: “La Administración de Justicia, cuyo carácter de bien jurídico es incuestionable, se ve seriamente dañada cuando un juez dicta a sabiendas una resolución injusta”. En tal caso se da un *doble* injusto: falta una resolución justa y exista una injusta en el mundo. Pero, en relación al caso pendiente, ambas no “lesionan” de algun modo la Administración

puede formularse que el Derecho penal garantiza *la existencia o la producción* de “bienes” (que, no obstante la diferente cualidad de esos bienes, una forma de hablar como la mencionada obliga a nivelarlos). Por ejemplo: un fiscal que no tramite un acta con la consecuencia de que prescribe una cosa “lesiona” la correcta administración de justicia sólo en el sentido de que él *no lo ha llevado a cabo* infringiendo un deber, de manera diferente a lo que ocurre, por ejemplo, con el sujeto obligado por injerencia que no evita que un bien *ya existente* se eche a perder.

Se trata, pues, de la *protección de instituciones* que, en caso de deberes negativos, representa una mera protección de normas. Estas instituciones ¿pueden presentar cualquier contenido? Ya *teóricamente* eso no es posible, en tanto que las instituciones deben ser, en general, compatibles entre sí. En caso de una orientación normativa manifiestamente contradictoria no puede Sociedad en ese ámbito de la contradicción. Desde el punto de vista *práctico* no basta, empero, una respuesta formal como la mencionada porque en la práctica la Sociedad tiene lugar siempre en una situación histórica determinada de cuyo contenido el sistema jurídico no se puede desenganchar a discreción. No puede tomarse, por ejemplo, como sistema jurídico el existente en la Sociedad opulenta de la Esparta en tiempos del legislador LICURGO, mientras que el Derecho interno de las hermandad de la Iglesia Morava<sup>64</sup> de poco sirve en una sociedad de buscadores de oro. En fin, una relatividad que también es conocida por los defensores de la teoría del bien jurídico.<sup>65</sup>

La punición de un ataque a una institución (norma) únicamente es legítima cuando la institución sea, por su parte, legítima<sup>66</sup> y cuando no se en-

---

de Justicia digna de protección por el sencillo motivo de que ella no es posible, sino que ella *debe fabricarse*. Puede “lesionarse” la Administración de Justicia cuando un juez un juez que se dispone a dictar una sentencia justa impide que se dicte o cuando un edificio de juzgados insustituible salta por los aires o cuando se roban actas, etc. Acertadamente STRATENWERTH, “Zum Begriff des ‘Rechtsguts’”, en: ESER et al. (Comp.), *Festschrift für Theodor Lenckner*, 1998, págs. 37 y sigs., 381 y sig., 385 y sig.

<sup>64</sup> Confesión evangélica protestante también conocida como Hermanos de Herrnhut, Hermanos Unidos o Iglesia Morava (o, también, en latín: *Unitas Fratrum*).

<sup>65</sup> M. MARX (nota 19), pág. 46; HASSEMER, *Theorie* (nota 20), págs. 121 y sigs., entre otras; ROXIN (nota 3), 2/115.

<sup>66</sup> La teoría de la protección de la Sociedad nunca ha considerado legítimo *per se* la protección de normas, que yo denomino aquí protección de instituciones sobre la base de los deberes positivos (véase arriba el texto correspondiente con las nota 60 y sig.). Véase, sólo,

cuentren equivalentes funcionales de la pena menos agresivos que ésta. Una remisión a la Constitución no es, por sí sola, suficiente, ya que ésta también ha de acreditarse como legítima.<sup>67</sup> Qué sea legítimo es algo que se configura como espíritu de un tiempo (y que es aprehendido especulativamente por la filosofía), y además se presentará como estable en tanto espíritu vinculado con la cultura jurídica transmitida y dedicado a la conservación e incremento de esa cultura. Este espíritu, que llena y refleja la —concebido enfáticamente— realidad del presente no puede obviarse si queremos que el Derecho sea *determinador de la realidad*.<sup>68</sup> Si confrontamos el espíritu de los tiempos con vehementes y acalorados postulados político-jurídicos, entonces el espíritu parecerá frío, en tanto que se halla vinculado con lo que es factible y en tanto espíritu de una Sociedad compleja su contenido no puede ser siempre algo demasiado fácil. HASSEMER describió con su muy diferenciado desarrollo de la “experiencia valorativa social” o del “acuerdo normativo”<sup>69</sup> cómo el espíritu

---

JAKOBS, *Strafrecht* (nota 53), 2/1; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), pág. 363; MÜSSIG (nota 53), págs. 142, 151 y *passim*; véase también WOHLERS (nota 53), págs. 47 y sigs., 109, 217, 239. La posición contraria (MIR PUIG, “Wertungen, Normen und Strafrechtswidrigkeit”, *GA* 2003, págs. 863 y sigs., 866, entre otras; también SEHER, “Prinzipien gestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff”, en: HEFENDEHL, nota 1, págs. 39 y sigs., 41) considera que la teoría de la protección de bienes jurídicos debe tratar *per se* como un bien lo que en un ordenamiento cualquiera sea catalogado como “bien”. También la teoría de la protección de bienes jurídico presenta perfiles jurídico-estatales de libertad recién a través de una referencia concreta a concretos bienes y dejando a otros de lado. El bien de mayor valor no puede ser la vida de un dictador o la existencia de un partido político o la paz de una montaña en la que viven los Dioses. Cuando los defensores de esta teoría argumentan que un bien jurídico ha de vincularse *necesariamente* a un sujeto (lo cual históricamente no era así, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, nota 1, págs. 43 y sigs.; *Id.*, “Der Begriff”, nota 1, págs. 155 y sigs.; WOHLERS, nota 53, págs. 218 y sigs., 229), confunden el concepto con uno de las etapas de su desarrollo. Pero si conciben el bien *jurídico* de manera enfática y libre entonces rige esto no en menor medida para la norma *jurídica*. Demasiado fácil presentan la cuestión también aquellos para los que la “liberalidad” es un contenido que da por supuesto en el Derecho penal: ROXIN (nota 3), 2/212; SCHÜNEMANN (nota 34), pág. 154; HEFENDEHL, “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts. Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah”, *GA* 2007, págs. 1 y sigs., 2. Ciertamente que la libertad es un meta de los tiempos modernos, pero ¡también la seguridad y el bienestar y el mantenimiento de los recursos naturales son metas del presente!

<sup>67</sup> HASSEMER (nota 3), pág. 161.

<sup>68</sup> BACIGALUPO, como nota 53. Es tarea de la *Ciencia* del Derecho comprobar la vinculación del Derecho con la realidad del presente y, dado el caso, criticar el Derecho o criticar una opinión simplemente apartada de la realidad. JAKOBS, “Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin”, en: CHR. ENGEL (Comp.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, de próxima aparición.

<sup>69</sup> HASSEMER, como nota 28, y ya antes *Id.* (nota 3), pág. 157.

de los tiempos se convierte en algo subjetivo: lo que es conectable se rige por la comunicación, no por sujetos.

¿Cómo llega ese espíritu al Derecho? Ello tiene lugar de diferentes maneras, siendo la más importante de todas ellas el acoplamiento estructural entre el sistema jurídico y el sistema político mediante el Derecho positivo. En los situaciones de dificultades evidentes a la hora de tomar decisiones dentro del sistema político la imagen de ese espíritu y su observancia en el momento de interpretar las leyes y de perfeccionamiento del Derecho entran en acción en el sistema jurídico, ante todo —pero no solo— como interpretación de la Constitución. Los individuos acoplados estructuralmente con las personas también pueden rebelarse, en nombre del espíritu (y, también, de inúmeros subespiritus) frente al Derecho: el individuo que ya no halle (más) su sustento en Derecho se orientará de otra manera, quitando así al Derecho su realidad. De ese modo, por ejemplo, a través de una revolución de mujeres que no hallaban su sustento las instituciones que impedían una equiparación de las mujeres son dejadas de lado y, en su lugar, se aprueban normas mediante las que se equiparan las mujeres a los hombres. Otros caminos también pueden mencionarse.

Esbozar simplemente el contenido del espíritu significaría tener que escribir el capítulo completo dedicado al Derecho dentro de un Tratado de Política<sup>70</sup>, lo que no puede realizarse en este lugar, aunque sí puede mencionarse *un* ejemplo: una de las metas (acaso la principal) de los tiempos modernos es la libertad<sup>71</sup>, y además la libertad tanto en lo que hace a la organización de la vida privada como de la participación en la vida política, o con otras palabras: en el mundo moderno una Sociedad libre y democráticamente organizada soluciona sus problemas de existencia mejor que una que se fundamente en la coacción. *Eso*, la ventaja de una libre organización para la Sociedad, es el motivo para posicionar a la persona dentro de la Sociedad y ese posicionamiento permite definir algunas cosas (y, en verdad, sólo algunas) desde una visión monista-

<sup>70</sup> “Política” entendida como actuación en el ámbito público. Esta actuación, si debe ser algo diferente a la coacción, se halla vinculada al espíritu que cada tiempo en el que se actúa brinda y refleja. El desarrollo de este espíritu presupone algo más que la conciencia de la propia “liberalidad” (arriba, nota 63 *in fine*) y mención por algunos de bienes jurídicos protectores de personas. De otra opinión, HEFENDEHL (nota 63), pág. 5.

<sup>71</sup> *Jurídicamente* puede extrapolarse del contenido de las leyes que junto a la libertad se hallan, en parte con un peso preponderante, la *seguridad* y el *bienestar*. Además, cada se acepta con mayor fuerza la propia preponderancia de la *Economía*.

individual, ante todo que a la libertad le corresponde una función fuertemente descongestionadora (y protectora de las personas que disfrutan de libertad).<sup>72</sup>

La estructura normativa y libremente estructurada de la Sociedad únicamente será, pues, real cuando las personas se comporten, sin grandes reservas, de manera libre y no se retiren como harían si se hallaran en un terreno inseguro. Una persona únicamente puede actuar a largo plazo de tal modo que también los individuos encuentren por lo general en sus intereses su propio sustento, porque si no, se rebelaría éste y el orden normativo perdería —no necesariamente su corrección, su obligatoriedad, pero sí— su realidad, esto es: su poder de dirigir la orientación jurídica: de eso modo, no representaría ya más la estructura de la Sociedad realmente existente. Por ello, la persona requiere para su hacer y su dejar hacer no sólo la seguridad de que dispone de derechos sino también la seguridad de que no podrá resultar lesionado o, incluso, matado ilegítimamente, sino que podrá disfrutar de la libertad garantizada por el Derecho, esto es, que con alta probabilidad no resultará lesionado ni asesinado. Hablando abstractamente, el Derecho en tanto pura normatividad no ofrece a las víctimas potenciales orientación alguna. Antes bien, requiere de una cierta cimentación cognitiva (que será de diversa consistencia, en función del peso del Derecho).<sup>73</sup>

Esta relación aquí meramente esbozada constituye el fundamento de los delitos contra las personas y sus variantes. La elevada penalidad prevista para los delitos de homicidio dolosos no resulta, especialmente, de que la a través de esos delitos se ve diezmado el número de personas en la Sociedad<sup>74</sup> —es cifra se ve diezmada en no menor medida mediante los homicidios imprudentes que mediante los dolosos— sino del hecho de que únicamente con una

<sup>72</sup> Véase AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), pág. 355. Esta situación social actual tiene también ciertos inconvenientes: al derecho a la libertad no le corresponde deber alguno a una previa ilustración exhaustiva y de ese modo se llega a la degeneración de la libertad a un mero gozo y a la acumulación de objetos inservibles. Acertadamente, STRATENWERTH, “Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter”, en: HEFENDEHL (nota 1), págs. 255 y sigs., 258.

<sup>73</sup> Eso mismo vale para todas las instituciones normativas, también para la persona. Al respecto, JAKOBS, “Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtllichkeit”, *HRRS* 2006, págs. 289 y sigs., 291.

<sup>74</sup> Así, empero, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* (nota 1), págs. 386 y sigs., 388 y sig.; crítico al respecto, HASSEMER (nota 3), pág. 162.

imponente protección de la vida puede esperarse una actuación libre de las personas: sin esa protección –y algo análogo rige para todos los delitos contra la persona– las personas no podrían desempeñar los *roles* correspondientes a cada una de ellas.