

Hassemer, Winfried, «*Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*», en Varios Autores «*Pena y Estado*», Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 23-36

DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS*

Por Winfried Hassemer
Prof. Universidad de Frankfurt

I. 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 sólo por el contribuyente sino en ocasiones por la parte directamente implicada^[1] 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 la efectividad y justeza del Derecho penal se vería desautorizada si éste 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 simbólico^[2].

Y aun así debemos tomarnos este tema en serio.

Los investigadores políticos, sociólogos y criminólogos norteamericanos ya desde la década de los sesenta^[3] han analizado que la política no es sólo 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 sólo 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 Prohibición^[6] encontramos aspectos como los «empresarios morales» y «cruzadas simbólicas»; ello significa que la prohibición estatal sólo tiene como una de sus funciones evitar o minimizar el comportamiento prohibido: tras éste 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 crítica^[8], 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 ocupa un rol activo y en la cual 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 jurídico^[11], las funciones latentes y simbólicas 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 cautelosa^[13] que «Leyes con un carácter exclusivamente simbólico»^[14] no son «excesivamente infrecuentes». Posteriormente^[15] desarrolló este tema de forma monográfica y adoptó las enseñanzas de la «teoría del comportamiento»; ésta 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 existe una exigencia de regular sin que al propio tiempo existan las condiciones para su aplicación y ejecución. En el ínterin ha aumentado tanto la literatura^[16] 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.

II. 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 cuando menos de acuerdo a la opinión contemporánea es una simple obviedad^[17]. Las justificaciones para ello son múltiples y -cuando menos en una primera aproximación- ampliamente discutidas.

II.1. Clasificación

En la literatura se puede encontrar ya una clasificación plausible de diversas formas simbólicas de Derecho[18]:

- 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 objeto 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 tiene un núcleo central para satisfacer la «necesidad de actuar»).

II.2. Ejemplos

No sólo 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 (§ 220 a StGB)[20] tenían su significado político criminal 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 sólo en la pretensión de crear una conciencia ecológica a través del 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 a través de un endurecimiento del Derecho penal sexual o a través de 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, I Nr. 3 StGB) sin tomar en consideración sus facetas simbólicas[22]: 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 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 sólo un minúsculo tornillo (del cual no siempre se sabe en qué dirección gira).

II.3. Rasgos de un Derecho penal moderno

Esto son sólo ejemplos. Si se observa más detenidamente puede observarse que estos ejemplos son casos aislados sólo 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 positiva[25].

En tanto que esta función implica más que un mero adiestramiento y cruda modificación de comportamientos[26], está obligada a realizar una intervención simbólica sobre sus destinatarios (el delincuente condenado en el caso de la resocialización y todos en los modelos preventivos generales)[27]. Debe implantar una determinada visión del Derecho penal en las mentes de la gente el cual enfatice la invulnerabilidad. La igualdad y la libertad, ya que de otra forma no se puede esperar una aceptación[28] 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 los fines de la pena, más claramente parece 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 de una vida fiel al Derecho por medio de una utilización instrumental del Derecho penal; ésta es la característica de un Derecho penal contemporáneo desde que finalizó -si alguna vez hubo inicio[29]- una fundamentalización absoluta de la pena. Lo que en nuestro siglo se conoce como teoría retributiva -desde Lobe pasando por Nägler hasta Maurach y Welzel[30]- tiene en realidad fines preventivos en el sentido aquí utilizado. No se trata sólo de la aplicación instrumental del Derecho penal y de la justicia penal sino (tras ellos) de objetivos preventivos 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 observación

de las leyes.

III. 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, de aquellos que denuncian al Derecho penal o a parte de éste como «sólo simbólico». Por consiguiente debemos prestar atención al propio término «simbólico».

III.1. 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 «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 Hegenbarth[\[33\]](#) opone el «fortalecimiento simbólico de las normas» a la «seguridad de su cumplimiento»; Hill[\[34\]](#) habla de leyes que «no están en situación de efectuar cambios y las cuales sólo tienen funciones simbólicas»; Ryffel[\[35\]](#) vincula «simbólico» con «consecuencias latentes» de las leyes; Noll[\[36\]](#) opone las intenciones del legislador a los efectos reales de las leyes y Amelung[\[37\]](#) contrapone «prestigio» a «efectividad».

III.2. Presupuestos necesarios

Pueden considerarse varios rasgos que deben ser tomados en consideración cuando se construye el concepto. El término de Derecho penal «simbólico»:

a. Tiene sentido sólo en una consideración del Derecho penal orientado a las consecuencias[\[38\]](#).

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 disposición[40] como los «objetivos» o las «intenciones» del legislador[41]. Estos elementos presentan sus problemas específicos de aplicación, conocidos por la doctrina del método subjetivo-histórico de interpretación de las leyes[42]: la mayor parte de las veces el legislador guarda silencio acerca de sus intenciones, frecuentemente las encubre y generalmente ni siquiera a éste 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 «expectativas» en la «previsibilidad», en vez de 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 funciones[43];

c. Sólo puede tratarse de un concepto comparativo. El «simbolismo» es la promulgación y ejecución de las leyes, no es un y/o sino un más-o-menos. Incluso una norma tan concreta como la del homicidio (§212 StGB) lleva consigo la esperanza preventiva de fortalecer el respeto a la vida humana; incluso una regla sospechosamente simbólica como la de «genocidio» (§220 a StGB) demuestra no sólo 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 sólo para denunciar las leyes y su aplicación; sería entonces un comentario anacrónico señalar el carácter simbólico del Derecho penal moderno[44]. Ya que también las normas dictadas para ser efectivas persiguen fines simbólicos, el concepto no puede amparar un reproche. A partir de qué momento la mezcla de componentes instrumentales y simbólicos deviene crítica es una cuestión que no puede precisarse sólo 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 sólo un concepto analítico inocuo sino también una designación normativa combativa, expresa no sólo descripción sino también crítica.

III.3. 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 ésta 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 bajo «engaño» no se entiende una determinada disposición (motivos e intenciones históricas del legislador) sino una cualidad objetiva de la norma[46] y siendo consciente que «promulgación simbólica» es un concepto aumentativo, que describe un más-o-menos y no un y/o[47].

«Simbólico» en sentido crítico es por consiguiente un Derecho penal en el cual las funciones latentes predominen sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos que los descritos en la norma. Con ello se entiende -como ya expresa la determinación del concepto- por «funciones manifiestas» llanamente las condiciones objetivas de realización de la norma, las que la propia norma 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 la norma. 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 «apariencia»: Los fines descritos en la regulación de la norma son -comparativamente- distintos a los que se esperaban de hecho; no se puede uno fiar de la norma tal y como ésta se presenta. Finalmente en esta concreción de «simbólico» no se trata sólo del proceso de aplicación de las normas, sino frecuentemente ya de la formulación y publicación de la norma: en algunas normas (como §220a StGB) apenas se espera aplicación alguna.

IV. EL ORIGEN DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO

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

IV. 1. Orientación a las consecuencias y prevención

El contraste aparente entre funciones manifiestas y 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 hemos mencionado[48], la orientación a las consecuencias del Derecho penal en la teoría y en la práctica:

Sólo 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 político criminal más amplio.

El Derecho penal simbólico aparece bajo 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 penal[49]. En tanto que una regulación orientada hacia el interior sólo 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 sólo deben ser correctas, 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 sólo si es eficaz.

Sólo con 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 son difusas.

IV. 2. 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 pudiésemos partir del concepto de bien jurídico y si supiésemos lo que es una «verdadera» protección de bienes jurídicos. Debido a que ello constituye una dificultad existe el Derecho penal simbólico.

La función fundamental de la doctrina de los bienes jurídicos era y es -con todas las diferencias de origen y concepto[50]- negativa y de crítica del Derecho (aun cuando la negatividad constituía ya una condición de la potencia crítica): El legislador debía castigar sólo aquellos comportamientos que amenazaban un bien jurídico; los actos que sólo atentaban a la moral, a valores sociales o contra el soberano debían excluirse del catálogo de delitos; el concepto de bien jurídico (para que pudiese discriminar verdaderamente) debía 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 juventud[51].

a. El concepto de bien jurídico

El problema central de la doctrina del bien jurídico era y es que ha permanecido anclada en esta tarea[52]. Ya inicialmente era previsible que el concepto de bien jurídico no fuese capaz de enfrentarse a dos grandes obstáculos vinculados: los intereses políticos criminales de conseguir una criminalización global y los intereses de la ciencia penal de ser capaz de oponer un concepto crítico sistemático de bien jurídico[53]: 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 jurídico[54], y Birnbaum acabó su búsqueda de bienes jurídicos aprehensibles como personas y cosas en los valores morales de la sociedad[55]. Con ello aparece claro: cuanto más vago es el concepto de bien jurídico y cuantos más objetos abarca, más tenue se vuelve la posibilidad de contestar a nuestra pregunta de si el Derecho penal cumple su función preventiva.

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 que las nuevas leyes en el ámbito de nuestro Derecho penal material (Parte Especial y leyes penales especiales) no tienen como objeto de protección sólo 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, medio ambiente, acumulación de datos, terrorismo, drogas, 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 jurídico[57]; 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 personas[58]; de la salud pública[59]; del funcionamiento del mercado[60]; de la protección estatal empresarial[61] o de la acumulación de datos comercial o administrativa[62].

c. El interés en controlar el riesgo

El desarrollo general[63] que aquí ha sido descrito a grandes trazos no se ve obstaculizado naturalmente por la política criminal; ésta 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 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 complejos[69], han afectado no sólo a la política criminal sino asimismo a la teoría penal y a la doctrina del bien jurídico.

Jakobs construye -influido por la teoría sistémica 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 estabilidad[70] 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 Kratzsch[71] quien ha visto más claramente el significado penal de conceptos como inseguridad, complejidad, perturbaciones y orientación[72] y cómo 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 jurídicos^[73] «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 deviene un instrumento de control de los grandes problemas sociales o estatales. Lucha o (mejor) contención de 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.

V. CONSECUENCIAS

He expuesto este desarrollo no con intenciones valorativas^[74] sino sólo para mostrar sus consecuencias respecto de la protección de bienes jurídicos y respecto del Derecho penal simbólico. Estas consecuencias me parecen bastante evidentes.

V. 1. ¿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 peligro^[75].

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, § IStGB; «principio de legalidad»); su utilización está sólo autorizada (para una prevención eficaz demasiado tarde) cuando se ha realizado un injusto relevante («hecho típico»); incluso complejas situaciones de riesgo sólo 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»); las 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 perspectivas preventivas no pueden ser realizadas por este Derecho penal es lo que ha convertido a la «moderna política criminal» y a los «déficit 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.

V. 2. Delitos de peligro abstracto

Este alivio se ha intentado buscar 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 sólo 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 molesta, de la atribución.

Dispensan la prueba de un daño (y con ello la causalidad del 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 que se dictan delitos de peligro abstracto con particular celo -medio ambiente y tráfico de drogas-, las quejas sobre los «déficit en la aplicación» se han convertido en una constante música de acompañamiento[76].

V. 3. 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 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 por qué 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 éste puede cumplir las supuestas funciones preventivas en vez de cederlas. Precisamente es 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 jurídico[77].

VI. RESUMEN

El Derecho penal simbólico se da bajo 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.

* Traducción de Elena Larrauri. Esta traducción fue realizada durante mi estancia en Alemania becada por la Alexander-von-Humboldt-Stiftung a la cual agradezco su constante apoyo.

[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, político-criminales y constitucionales en contra de esta obligación en ZStW, 85 (1973), 651 y ss.

[2] Cfr. también Arthur Kaufmann, Hände weg von symbolischen Gesetzen!, en: Ärztliche Praxis 1987, 205.

[3] Al respecto con atención al Derecho penal véase Monika Voß, 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, p. 23 y ss.

[4] S.B. Ortner, On Key Symbols en American Anthropologist 75 (1973), 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, p. 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), p. 144 y ss.

[8] Al respecto. Sack, «Kritische Kriminologie» en Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 2ª ed. (1985), p. 277 y ss.

[9] Adicionalmente, Steinert, Symbolische Interaktion. Arbeiten zu einer reflexiven Soziologie, 1973; del mismo. Das Handlungsmodell des symbolischen Interaktionismus, en Leck (Hrsg.), Handlungstheorien, Bd. 4, 1977, p. 79 y ss.; Stangl, Staatliche Normgenese und Symbolischer Interaktionismus, en Kritische Kriminologie heute. Beiheft 1986 des Kriminologischen Journals, p. 121 y ss., 128 y ss.; respecto el «labelling approach» referido al Derecho penal simbólico Voß (cit. en nota 3), cap. C.I.

[10] Ryffel, Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung, 1974, p. 256.

[11] Ryffel partía de (p. 255) la ley noruega de 1948, la cual Vilhelm Aubert (Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung en Hirsch/Rehbinder [Hrsg.] Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, 1967, p. 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 analizar 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.

[12] Ambos ejemplos de legislación simbólica que Ryffel introduce en la p. 256, nota 18, los caracteriza como de «golpe en el vacío» y de «ut aliquid fieri videatur».

[13] Noli, Gesetzgebungslehre, 1973, p. 157.

[14] Con ello entendía «Leyes que de antemano no son apropiadas para ser aplicables, 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] Noli, Symbolische Gesetzgebung en Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1981, 347 y ss.

[16] Compárese además de los ya mencionados Amelung Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 92 (1980), 19 y ss., 54 y ss.; Hegenbarth Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze en Zeitschrift für Rechtspolitik 1981, 201 y ss.; Neumann/Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980, p. 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, p. 195 y ss., 197 y ss.; Steine« Über die Funktionen des Strafrechts en Festschrift für Broda 1976, p. 335 y ss., 350 y ss.

[17] En el mismo sentido, también Voß (nota 3), Cap. C.

[18] Voß (nota 3), Cap. B I 4 a, detalladamente; compárese otra clasificación en Amelung (nota 16), 49 y ss.

[19] Al respecto, Neumann/Schroth (nota 16), p. 115.

[20] Véase Campbell, § 220a StgB. Der richtige Weg zur Verhütung und Bestrafung von Genozid? 1986, especialmente p. 175 y ss. «Vergangenheitsbewältigung» und außenpolitische Zwecke als die symbolische Funktionen dieser Strafnorm.

[21] Al respecto, Frommel, Das klägliche Ende der Reform der sexuellen Gewaltdelikte en Zeitschrift für Rechtspolitik 1988, p. 233 y ss.

[22] Véase W. Hassemer, Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze en Festschrift für Going I, 1982, p. 504 y ss., p. 521.

[23] BGHSt 24,40 (45).

[24] Ambos en BGHSt 24,64 (66).

[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, p. 39 y ss., 57 y ss.; para esta teoría bajo el aspecto de legislación simbólica Voß (nota 3), cap. C II.

[26] Al respecto, H.J. Schneider, Kriminologie, 1987, p. 841 y ss.

[27] Especialmente lacónico Lüderssen, Die generalpräventive Funktion des Deliktssystems en Hassemer/Lüderssen/Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, p. 54 y ss., p. 54 y ss., p. 64 y ss., p. 69.

[28] En el mismo sentido, Lüderssen, p. 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 de 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.

[30] Más documentado en W. Hassemer, Strafziele (nota 25), p.48 y ss.

[31] Noll, Gesetzgebungslehre (nota 13).

[32] Ryffel (nota 12).

[33] Véase nota 16, p. 202.

[34] Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre, 1982, p. 37.

[35] Véase nota 19, p. 225.

[36] Compárese la definición con la citada en la nota 14.

[37] Amelung (nota 16), p. 54.

[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, p. 25 y ss., p. 36 y ss.

[40] Más y 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 la nota 14.

[42] Engisch, Einführung in das juristische Denken, 8ª ed. (1983), p. 88 y ss.

[43] Compárese también Voß (nota 3), p. 66 con explicaciones adicionales.

[44] Véase II.3.

[45] Compárese la circunscripción de la literatura en III.1.

[46] Véase III.2. (b).

[47] Véase III.2. (c).

[48] Véase III.2. (a).

[49] Más ampliamente véase mi trabajo *Genelprävention und Strafzumessung* en Hassemer/Lüderssen/Naucke (nota 27), p. 29 y ss., p. 49 y ss.; adicionalmente, *Prävention im Strafrecht* en *Juristische Schulung*, 1987, 257 y ss. 260.

[50] Véase por todos Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, passim; W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973/1980, p. 17 y ss., p. 57.

[51] De forma paradigmática, H. Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957, p. 37 y ss. y passim.

[52] Al respecto, Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, E ed. (1981), Randnumern 52 y ss.

[53] Para un mayor desarrollo, mi trabajo *Theoria und Soziologie des Verbrechens*, p. 19 y ss., p. 27 y ss., p. 41 y ss.

[54] Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.ª 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.

[56] Para una diferencia entre bienes jurídicos individuales y universales véase Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechls. Allgemeiner Teil*, 4ª ed. (1988) § 26 I 3 c.

[57] Al respecto, fundamental y críticamente, Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97 (1985), 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] § 303 b StGB, Sabotaje de ordenadores.

[63] Próximamente al respecto, desde una perspectiva de un Derecho penal de delitos de peligro, véase por todos Felix Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*.

[64] Binding, Die Normen und ihre Übertretung. I: Normen und Strafgesetze, 2ª ed. (1890), p. 368 y ss.

[65] Franz Xaver Kaufmann, Normen und Institutionen als Mittel zur Bewältigung von Unsicherheit: Die Sicht der Soziologie en Gesellschaft und Unsicherheit: Die Sicht der Soziologie en Gesellschaft und Unsicherheit, 1987, p. 38.

[66] Del mismo, p. 40.

[67] Paradigmático, Ulrich Belck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne. 1986.

[68] Del mismo, p. 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 E. Riedel, Menschenrechte der dritten Dimension, en Europäische Grundrechte Zeitschrift 1989, 9 y ss., 12 y ss.

[70] Jakobs, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 19«^ Randnummern 1/4 y ss.

[71] Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985.

[72] Del mismo, p. 220 y ss., p. 253 y ss.

[73] Del mismo, p. 298.

[74] Un análisis detallado y una valoración, próximamente en W. Hassemer, AlternativKommentar zum StGB, Band 1, vor § 1 Randnummer p. 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), p. 127 y ss., p. 294 y ss.; F Herzog, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987, p. 48 y ss. (respecto de una teoría penal), p. 107 y ss. (respecto el concepto de mjusto), p. 120 y ss. (respecto el proceso penal).

[76] En relación al 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, Munich 1988, D 77 y ss., p. 152 y ss.; W. Hassemer/Meinberg, Umweltschutz durch Strafrecht, en Neue Kriminalpolitik 1 (1989), p. 46 y ss.; respecto el Derecho penal de estupefacientes. Kühne, Staatliche Drogentherapie auf dem Prüfstand, 1985, p. 29 y ss., p. 108 ss.; Scheerer, Die Genese der Betäubungsmittelgesetze i der Bundesrepublik Deutschland und in den Niederlanden, 1982, p. 196 y SS., y passim.

[77] Detalladamente al respecto, W. Hassemer, Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre en Scholler, H. Philipps, L. (Hrsg.), Jenseits der Funktionalismus, Teil III y passim.